HERMANNI VULTEII J.C. DISCEPTATIONUM JURIS...

Hermann Vultejus, Giovanni Battista Coccini

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
10 I
10

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

30
C
49

30
C
K8

13-10-E-21

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

HERMANNI Vulteii J. C.

DISCEPTATIONUM JURIS SCHOLAſticarum

Liber unus.

Editio Quarta.



MARPURGI,

Typis Pauli Egenolphi, Acad. Typogr.

M. DCIIX.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

NOBILITATE GENERIS,

VIRTUTUM ET ERUDITIONIS PRÆſtantiſſimis Juvenibus, Dn. JOANNI BAPTISTÆ BROCK in Sibenhirten, Dn. JOANNI DIETMARO GRIENTALLER in Cremſeck & Wintern, & Dn. HENRICO ELSSENHAMER, &c. Dominis & amicis ſuis unicè colendis S.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

TANDEM *aliquando victo pudore adductus ſum, juvenes nobiliſſimi, ut aliquid eorum, quæ in hoc ocio Scholaſtico, minimè tamen ocioſo, meditatus ſum, in lucẽ emitterem. Ita autem pudor iſte à me devictus eſt, ut mihi fatendũ ſit, ab aliis me prius devictũ eſſe. Etſi enim jam ab aliquot annis ad petitionẽ quorundam Academiæ Marpurgenſis, in qua jura civilia interpretor, ſtudioſorum mihi duplex Diſceptationũ juris genus aggredi, illudq; horis ſubſecivis tractare propoſitum fuit, unum quod eſſet rerum Scholaſticarum; alterum, quod eſſet rerum forenſium: tamen cùm negocia alia, magis, mea opinione, neceſſaria, interim, dum in hoc ſum, accederent, nec mei illa eſſet corporis valetudo, ut illis omnibus ſatis commodè ſufficere poſſem: factum eſt, ut*

Digitized by Google

omnem iſtam ſcribendi & meditandi curã ferè abjecerim, præſertim quòd illud nimis operoſum eſſe animadverterem, atq; in eo genere ſatis, & fortaſſe nimis multa, quorũ omnium lectioni unius hominis ætas vix ſufficeret, à præſtantiſſimis hujus & ſuperioris ætatis Iuriſconſultis ſcripta eſſent. Avocabat etiam me natura ingenii mei, quod à ſcripturientium illorum, qui quidvis quod chartis illinunt, venditant, more ſemper quamplurimùm abhorruit: quod timoriné alicui, an verò εὐηθείᾳ cuidam meæ aſſcribendum ſit, illi viderint, qui neſcio quid mihi tribuunt, verùm in edendis meis nimis me eſſe meticuloſum affirmant. Vtinam verò quidam, qui hac ætate tam erudita cogitationes ſuas nimis temerè, ne dicã ambitioſè, in publicum prodire faciunt, idem mecum ſentirent: librorum fortaſſe eſſet minus, in quos Iuris ſtudioſi nõ rarò, magna cum ſtudiorum ſuorum jactura, diſtrahuntur imprudentes. Agnoſco meum iſtum metum: ſed metum verecundum vir prudens probaverit potiùs, quàm improbaverit. Sanè à me quod proficiſcitur, quicquid illud ſit, tanti mihi non eſt, nec tanti illud facio, ut, quicquid ſentiant alii, dignum eſſe exiſtimem, quòd lucem aſpiciat. Sunt enim accuratiſſimi Iuriſconſultorũ com-

menta-

mentarii, atq; illi politiſſimi in ſtudioſorũ manibus, ex quibus diſceptationes ejuſmodi forſan haud difficulter ipſi ſuo marte cognoverint, quos me autore & ſuaſore potiùs legent, quàm ut in hiſce rivulis, inde deductis, tempus inutiliter conſumant. Eſt quidem ita, ut ante biennium fermè in iſto genere diſceptationũ, quæ ad cathedram ſcholaſticã magis pertinere videntur, nonnullas de illis abſolverim, quas interim multis petentibus videndas, legendas & deſcribendas dedi: ſed ab illo tempore ab ulterioribus ita abſtinui, ut priores illas dereliquiſſe mihi ipſe viderer. Sed neſcio quid nunc intempeſtivius amici quidã mei, atq; inter illos etiã viri magni nominis, mihi nihil minùs, præſertim hoc tempore, quàm de edendis illis cogitanti inſtent, atq; ſe hoc jure quodam ſuo à me poſtulare dicant, ut tandem aliquando ſtudioſorum, quorum nonnullis quaſi ex ſtipulatu tenerer, deſiderio, ſi nõ ut velim, ſaltem ut poſſim, ſatisfaciam, eamq; dicam, quæ propediem aliâs mihi ſcribenda eſſet, effugerem. Cum non viderẽ, quomodo interuſurii alicujus præſtatione me liberarẽ, dedi tandem illis quod volebant: præſertim quod monerent etiam ante annũ de Iuriſprudentiæ Romanæ à Iuſtiniano compoſitæ libris, quos ferè adornatos & abſolu-

tos nunc haberem, ſpem eſſe factam, qui tamen hactenus non prodiiſſent. Etſi enim librorum illorum titulus anno ſuperiori in Catalogũ ſolitum librorũ iſtis nundinis autumnalibus editorum ſplendidius, quàm vel ipſe vellẽ, atq; id omne me neſcio, atq; poſteaquam reſciviſſem valde indignante, irrepſiſſet: ajebant tamen id nõ conſtare omnibus, atq; adeò occaſionem mihi erroris illius à typographo cõmiſſi excuſandi harum diſceptationum editione datum iri. Ita de diſceptationibus iſtis ſcholaſticis prodit hoc tempore aliqua particula, quæ ſit præcurſor librorũ de juriſprudentia, quæ mihi ab initio in meos & in ſtudioſorum Academiæ Marpurgenſis uſus ſunt compoſiti. Vobis autẽ, juvenes nobiliſſimi, potius quàm cuiquã alii hoc quicquid eſt quod accipitis, offero, quòd & virtus veſtra illud mereatur, & benevolẽtia illa, quæ inter nos eſt mutua, hoc à me requirat. De virtute veſtra, & moribus veſtris, qui verè vos nobiles eſſe arguunt, atq; omnibus amabiles reddunt, pluribus dicere ſi velim, vereor ut vos illud non patiamini, nec fortaſſe mea exiſtimatione, ſi in os illud vobis, ut dicitur, fecero, fuerit ſatis dignũ. Studia veſtra quæ ſint, res ipſa clamat, atq; hæc omnia faciunt, ut jam dudum inſignẽ de vobis apud omnes, quibus noti eſtis,

ex-

expectationem concitaveritis fore, ut ſi Deus vobis vitam largiturus eſt, quod precor, familiis veſtris ornamento ſingulari, & non patriæ tantùm veſtræ Auſtriæ, ſed etiã univerſo imperio Romano maximo cõmodo futuri ſitis. De benevolentia autem mea in vos, nihil eſt quod vos dubitare faciat. Vt enim frater meus Johannes Vultejus *Medicus, qui vos ex Argẽtina huc ſtudiorum cauſa abeuntes mihi commendavit, mihi chariſſimus eſt, ita ſcitote, vos mihi eſſe longè cariſſimos, atq; tantò eſſe cariores, quantò & meliores moribus, & diligentiores in ſtudiis vos eſſe video. Quid verò mihi tribuatis, atq; plus etiã quàm ego agnoſcam, ſatis mihi perſpectum eſt: qua de re nõ rectè fecero, ſi pluribus dixero: ne quæ inter vos privata ſunt, publica feciſſe videar. Macti ergo virtute juvenes, atq; hoc, quod vobis mitto, virtutis & ſtudiorum veſtrorum eſſe præmium agnoſcite, eumq; curſum, in quo etiamnum eſtis, me ſi nõ duce, at comite ſaltem, dum in hac Academia vivitis, feliciter abſolvite. Marpurgi è Muſæo meo, menſe Iunio, Anno* M. D. LXXXIX.

Veſtri amantiſſimus

Hermannus Vultejus D.

HERMANNI VULTEII DISCEPTATIONUM JURIS SCHOLASTICARUM, Liber unus.

De in jus vocando. CAP. I.

OMNIUM actionum inſtituendarum principium ab ea parte Edicti proficiſci, qua prætor edicit de in jus vocando, ait Juſtinianus Imper. in §. penult. Inſtit. de pœn. temer. litig. Quid autem ſit in jus vocare, ibidem Imperator ſubjicit, nimirum ad eum vocare, qui jus dicturus ſit: & ante eum, ſatis, meo quidem judicio, luculenter Paulus Juriſc. lib. 4. ad Edictum ſcripſit, in jus vocare, eſſe juris experiundi cauſa vocare. Quam deſcriptionem Digeſtorum Compilatores exinde in Digeſta retulerunt, & tituli ejus, qui eſt *De in jus vocando*, primam fecerunt. Uterq; rectè: veruntamē Juſtinianus potius, apud quem Paulus, qua de re in jure ageretur, expoſuit. Uterq; conjunctus affirmat, In jus vocare nihil eſſe aliud, niſi ad prætorem, eúmve, qui juriſdictioni præeſt, juris ſui experiundi cauſa vocare. Quod cujuſmodi ſit antiquitates Romanas ignoranti non eſt uſquequaq; expeditum. Eſt enim & eorū qui juriſdictioni præerant, & inſtituendorum judiciorū ratio ab ea, quæ nunc

eſt,

Digitized by Google

eſt, longè diverſa, quæ omnem quæſtioně, quæ eſt de in jus vocando, nobis ab antiquis illis temporibus remotioribus reddit aliquãtò obſcurioré. Res verò hęc ita ſe habet, ut magiſtratus in Republ. Romana non fuerit omni tempore idem, ſed modò hic, modò ille, prout ſtatus illius Reip. non fuit omni tempore idem, ſed varius. Nam initium regium fuit, medium populare, poſtremum Imperatorium. Sed regii quidem ſtatus, qui à Romulo cepit, & in L. Tarquinio Superbo deſiit, cùm ſtetiſſet annis CCXLIV. memoria ferè omnis cum regibus & magiſtratibus ſuis eſt abolita: remanſerunt ſtatus popularis, & qui eũ excepit, Cæſarei nomina pleraq; in libris juris & hiſtoriis, ſed in plurimis, quid ad ipſorum officium pertinuerit, incertum eſt, & ejuſmodi, ut in conjectura potiùs quàm certa definitione ſint poſita: hodie verò vix etiam veſtigiis illorum in uſu relictis. De eo conſtat ſatis, omnem magiſtratus cujuſvis autoritaté dependere ab eo, qui in Republ. ſummum habet imperium, ſive unus is ſit, ut in Monarchia, ſive plures, ut in Democratia, & Ariſtocratia, in quibus, & quidě illa populus univerſus, in hac verò optimates pręſunt. Eſt enim unum inter cætera ſuperioritatis ſive ſupremæ poteſtatis ſigna etiam hoc, quòd ea ſola poteſtatem habeat magiſtratus creandi & abolendi. Quod in ſtatu populari ab univerſo populo factum fuiſſe, ex quo ambitus fuerunt frequen-

tes, quorum crebra apud Ciceronem, Livium, aliosq́; hiſtoricos rerum Romanarum fit mentio, poſtea à populo in unum omni imperio & poteſtate tranſlata, qui princeps vocabatur, à principe, docet Modeſt. in l.unic. D.ad leg.Jul. de ambitu. Sicut enim in omnibus Rebuſpubl. atq; omni etiam tempore, ita etiam apud Romanos, ſtatus ſummi imperii accuratè ſemper fuit diſtinctus à ſtatu & conditione magiſtratuum, quod pluribus oſtendit & confirmat doctiſſimus Joannes Bodinus, in libris de Repub. Imperium ſummum in Republ. habet vel populus univerſus, vel quidā de populo, & hi vel unus, qui princeps eſt, vel plures quàm unus, pauciores tamen. Infra hos proximè collocantur Magiſtratus, qui inferioribus præſunt, ſed ſubſunt ſuperiori: ſuperior autem nemini ſubeſt, niſi Deo, & naturæ, præeſt & magiſtratibus creatis à ſe, & multò magis his, qui infra magiſtratum ſunt. Origo autem Rerumpubl. conſtituendarum à neceſſitate eſt, ut hominibus, qui vitæ degendæ cauſa ſocietatem contraxerant, benè eſſet: benè verò illis ita demùm erit, non ſolùm ſi privatim ſingulis benè ſit, quod ipſum tamen eſſe vix poſſit, niſi publicè etiam omnibus benè ſit, ſed vel maximè ſi toti & univerſę Reipub. benè ſit. Quemadmodum verò ſingulis familiis benè eſt, ſi benè regantur; quemadmodum etiam homini per ſe conſiderato benè eſt, ſi animo cum corpore optimè

mè conveniat: ita Reipubl. quæ quaſi publica eſt familia, benè erit, ſi rectè regatur & adminiſtretur. Id autem ut fiat, omnis cura eſt ſtatus in Republ. ſupremi, qui ceu gubernator ad gubernacula navis ſedet, & ut anima corpus, ita ipſe ſubditos ſuos moderatur atq; regit. Verùm cùm fieri nequeat ut ſingulis providere poſſit, ea quidem quæ domeſtica ſunt patribusfamiliâs commendat, quæ verò ad ſtatum Reipubl. pertinent, ita inſtituit, ut prout partes Reipub. adminiſtrandæ ſunt variæ, ita varia conſtituat officia, quibus gerendis præficiat alios. Horum officiorum quædam cum imperio ſunt cõjuncta, quædam ſine imperio. Et domeſticæ quidem adminiſtrationis atq; officiorum, quæ qui habent imperium non habent, tractatus eſt alius. Officiorum autẽ, quæ cum imperio ſunt, ea ratio eſt, ut qui ea habent, ſeſe inferioribus mandare poſſint, ut quid faciant vel nõ faciant; id quod in jus dicendo eſt poſitum. Imperium enim, quod ab omni juriſdictione remotũ eſt, atq; adeò Merum dicitur, in executione juris, quod lex ipſa pręſcribit & dicit, poſitum eſt, ideoq; nemini, niſi cui ſpecialiter illud lege Senatuſc. vel Conſtit. datũ eſt, conceditur. In his verò, quæ juriſdictionis ſunt ſimplicis ſeu Imperii mixti, non lex, ſed is cui imperium illud ſeu juriſdictio data eſt, jus dicit. In quo quidẽ ſumma mihi inter Imperium merum & mixtum conſiſtere videtur differentia, ut illud quidem

ſolius

Digitized by Google

ſolius ſit legis, penes quam totũ eſt & merum: hoc verò non ſolius legis, ſed ita legis, ut qui id habet, is habeat jure ſuo proprio, nec ſit, ſicut imperium merum, lege aliqua certa definitum. Quæ diſputatio elegans eſt, ſed ab hoc loco aliquantò alienior. Hi igitur, quibus officia dabantur cum imperio juriſdictioni annexo, Magiſtratus dicebantur, qui ex eo, quòd officium gererent publicum, ad communem utilitatem pertinens, perſonæ publicæ erant. Ex quo Cujacius in parat. D. de origin. jur. magiſtratum dicit eſſe perſonam publicam, quæ juriſdictioni præſit: quod Joh. Bodino lib. 3. de Repub. c. 2. diſplicet. Eſſe enim ſcribit, qui juriſdictioni præſint, quos tamen nemo dixerit magiſtratus. Sed Cujacii ſententia verior eſt, & ex juriſdictionis definitione, quam aſſcripſit tit. D. de juriſdict. æſtimanda. Qui enim juriſdictionem notionem eſſe dicit, quæ magiſtratus jure competat, is utique neceſſe habet dicere, magiſtratum eam eſſe perſonam, quæ huic juriſdictioni præſit. Nam ſi cui aliquis eſſe videatur, qui magiſtratus non ſit, juriſdictionem tamen habeat, minus propriè juriſdictionem fortaſſe acceperit. Neque enim omnis juriſdictio eſt eadem, quippe cùm Ordinaria quædam ſit, quædam Extraordinaria. Illa magiſtratum arguit, hæc nullo modo. Quomodo ſe ipſum ſatis diſertè interpretatur Cuja. in parat. C. de juriſdict. omn. jud. cùm ait, definitionem illam,

Digitized by Google

illam, qua dicitur juriſdictio notio, quæ jure magiſtratus competat, definitionem eſſe juriſdictionis ordinariæ: ſi quis autem juriſdictionem omnem complecti velit, eſſe eam, quę jure magiſtratus, vel ex mandato magiſtratus, vel extra ordinem competit. Itaque rectè quidem Bodinus, in eo, quòd docet, eſſe qui juriſdictionem habeant, magiſtratus tamen non ſint, ſed perperam quod Cujacium reprehendit per juriſdictionem magiſtratum definientem. Intellexit enim Cujacius juriſdictionem propriè acceptam, neque ſanè in definitionbus verba aliter ſunt accipienda, quàm in eo ſenſu, qui ipſis eſt proprius. Et verò Cujacius juriſdictionem pleniùs accepit quàm Bodinus. Bodinus enim juriſdictionem dicit eſſe cognitionem cauſæ ſeu facti, quæ tamen notio potiùs eſt quàm juriſdictio. Eſt quidem juriſdictio cognitio, ſed præter eam aliquid amplius, quemadmodum amplius aliquid eſſe ſolet in ſpecie. Notionis enim vox generis eſt, cujus ſpecies oppoſitæ ſunt Cognitio & juriſdictio, l. notionem 99. D. de verbor. ſignif. l. 1. §. initio, D. de offic pręfect. urb. l. cùm hi 8. in princ. D. de tranſact. l. penult. D. de calumniat. l. ult. in fine, D. de obligat. & action. Cognitio nudam negocii diſceptationem juriſdictioni minimè cohærentem ſignificat, ideoq; ſpecies notionis eſt ſervilis: at juriſdictio non tantùm in nuda negocii diſceptatione, quam plerunq; reſpuit, & aliis mandat,

ſed

ſed vel maximè in effectu illius cognitionis ſpectatur, hoc eſt, in executione, & ut ſummatim dicã, in omnibus illis, ex quibus magiſtratus jus dicit, hoc eſt, ſtatuit pro ratione & modo officii ſui, quid juſtũ ſit aut eſſe debeat. Atq; ita magiſtratus vi officii ſui omnem habet notionem, & cognitionem, & juriſdictionẽ: notionem eam, quæ cognitio eſt, non etiam quæ eſt juriſdictio, judices pedanei & arbitri. Unde Ulpianus ex eó quod notionem habere poſſunt, qui non habent juriſdictionem, rectè infert ad Edictum prætoris, in quo ſcriptum erat, *cujus de ea re juriſdictio eſt*, pretorem rectius & melius ſcripturum fuiſſe, *cujus de ea re notio eſt*. Nam & pedanei judices de re judicata notionem habebant, quorum juriſdictio nulla erat. At verò Cujacius hoc omne, quod jure magiſtratus, quem quis habet, ſibi competit, juriſdictionis voce complectitur. Sunt quidem juriſdictionis partes complures: ſed per unam ipſam definire tam ineptum eſt, atq; ſi quis domum dicat eſſe ſuperficiem: neq; ſi una pars juriſdictionis exerceatur, omnis protinus & integra juriſdictio exercita cenſebitur. Sed fit hoc ex cauſa, qua magiſtratus in Rebuſpubl. conſtituuntur, multò evidentius. Magiſtratus in hoc creantur, ut in communi ſocietate eorum, qui ſub una Republ. continentur, his præſint, quæ juris publici ſunt, & privati, eaq; cuſtodiant. Id quidem ita in genere: ſed exercitium in ſpecie
eſt,

eſt, ſeu in cauſa aliqua ſingulari. Cauſa autem illa ſingularis ſive perſonas concernat immediatè, ſive res, ſemper tamen inter perſonas eſt, & inter perſonas quidẽ, ut honeſtè vivatur, nemo lædatur, & ſuum cuiq; tribuatur, quæ tria juris præcepta ſunt, & ſi controverſia incidat, jure expediuntur. At verò quis expediet? Magiſtratus, qui ad hoc, ut expediat, eſt conſtitutus. Quod cùm facit, juriſdictioni pręeſt, eamq; exercet, & propterea quod illi pręeſt, exercere etiam poteſt: exercendo autem juriſdictionem jus dicit: poteſtas verò jus dicendi, & interdum etiam exercitium ipſum poteſtatis, juriſdictio dicitur. Ut verò juriſdictio ſit cum effectu, magiſtratui imperium eſt additum, quo juriſdictionem, quam accepit, defendat. Itaq; imperium habet propter juriſdictionem, non juriſdictionem propter imperium. Nam ne fingi quidem imperiũ ullum poteſt, niſi in eo quod mandatur vel prohibetur quid fieri: id verò eſt in jure. Atque hinc eſt, ut magiſtratus omnis imperium habeat, ſed alius alio minus vel majus. Sive igitur juriſdictione, quod Cujacius voluit, ſive imperio, quod placuit Bodino, magiſtratus definiatur, res, meo quidem judicio, eòdem recidere videbitur. Erant autem, ut ad propoſitum revertar, officia illa diſtincta, & ne confuſio aliqua juriſdictionum fieret, quam Reipubl. interitum omninò conſequi neceſſe erat, ſingulis officiis ſui præficiebantur magiſtratus,

ſtratus, atq; vel uni plura, vel pluribus unũ officium injungebatur. Officiorum verò diſtinctio ſumta eſt ex rebus, in quibus erant, ut quędam in rebus eſſent publicis, quædam in rebus privatis. In rebus publicis, nempe quæ ad ſtatum & ſalutem publicæ utilitatis pertinerent, eamq́; vel faciunt & conſervant, vel perdunt & deſtruunt. Illæ approbatæ ſunt & licitæ, quarum genera dixerim penè eſſe infinita: hæ improbatæ & illicitæ, atq; ſunt Crimina. Res verò privatæ ſunt, in quibus verſatur ſingulorum in Republ. utilitas. Si quid jam vel in his vel in illis eveniſſet, protinus noverant magiſtratus, quorum oculos vigiles eſſe oportebat, quid ſui in eo eſſet officii, aut quid ab eo alienum. Si enim juriſdictioni ſuę id commiſſum non erat, neq; jus de eo dicere poterat, neque ſi de facto jus dixiſſet, is, adverſus quem dictum erat, niſi in eum conſenſiſſet, tenebatur, ſed objici poterat: Extra territorium jus dicenti impunè non pareri: quam juris ſententiã ex mente Juſtiniani non de loco ſive diſtrictu duntaxat, in quo jus dicitur, ſed etiã de cauſa de qua jus dicitur, accipiendum eſſe exiſtimo. Quod ſi verò id, quod eveniſſet, magiſtratus aliquis ad ſuam juriſdictionem pertinere animadverteret, jam aliud non poterat, quàm ut curam ejus ſuſciperet: atq; hoc vel ex officio vel ad imploratione utriuſque vel alterutrius partis, pro diverſitate cauſarum, interdũ hoc, quod erat potiſſimum

in

Digitized by Google

in privatis,interdum illo modo,quod fiebat in publicis rebus,fieri oportebat.Sed diſputationem de rebus publicis & juriſdictione ad eas pertinentibus in alium locũ rejicimus. De privatis autem rebus ita ſe habet, ut ſi quidem de his controverſia aliqua oboriretur, ſive pertineret illa ad jus perſonarum,quod in poteſtate & obligatione eſt poſitum, ſive ad jus rerum, quod ſpectatur in poſſeſſione & dominio, ea expediretur extra jus vel in jure. Extra jus privatim tranſactionibus aut pactis, vel per arbitros.In jure autem coram magiſtratu, non promiſcuè quovis, ſed eo, ad cujus juriſdictionem res pertinebat, aut cui controvertentes eã ſubjiciebant,cùm aliâs ad magiſtratũ,cui ſubjiciebant,vi juriſdictionis nõ pertineret,quod cùm fiebat juriſdictio prorogari dicebatur.Ut enim ſuprà dictum eſt,ut officia erant diſtincta,ita & perſonæ, quæ officia gerebant, atq; ita rurſus diſtinctę erant juriſdictiones.At verò de rebus privatis juriſdictio ab initio ad Conſules ſpectabat, ſicut & juriſdictio de rebus quibuſdam publicis, non omnibus. Cùm autem Conſules avocarentur bellis finitimis, neq; eſſet, qui in civitate jus redderet, quippe facultate jus reddendi,non quibuſvis, ſed his duntaxat, quibus ea à populo vel lege data erat,conceſſa, factum eſt ut prætor crearetur, teſte Pomponio in l. 2. §. cumq; Conſules, D. de Origin. jur. ſimodò lex illa Pomponii eſt, & non potius Triboniani,

B ni,

ni, qui ſub nomine Pomponii ex autoribus juris in unũ collectis, potiſſimùm verò ex Pomponio illam titulo iſti aſſcripſit. Quod igitur ab initio in rebus ſive cauſis privatis erat Conſulum, id ſive ea juriſdictionis pars à Conſulibus poſtea in peculiarem perſonam eſt tranſlata, quę nomen prętoris, Conſulibus aliâs accommodatum, accepit, eaq; vox magiſtratibus ferè omnibus communis huic facta eſt propria. Sed erant quæ ratione perſonarum vel rerũ in cauſis etiam privatis ad alterius alicujus magiſtratus, quàm ad prætoris juriſdictionem ſpectarent, ex quo illud eſt, quòd prætor aliquid feciſſe ſæpè dicitur, non ſimpliciter, ſed cum adjectione illa, *pro juriſdictione ſua*, l. 2. D. ſi quis in jus voc. non ierit, l. in cauſę, 16. in fine, D. de minorib. l. cui eorum, 3. D. de poſtulando, l. ſi quis apud, 3. §. procuratorem, D. judic. ſolvi, vel ſecundum juriſdictionem ſuam, §. ſed hoc jure, Inſtit. de Attilian. tutor. id eſt, ut interpretatur l. unica, D. ſi quis jus dicenti non obtemper. ſecundum jus poteſtatis ſuę. Ut enim quiſq; magiſtratus poteſtatem habuit ſuam, ita etiam ſuam habuit juriſdictionem, cauſa quidem & exercitio diverſam, ſed exercendi modo propemodum eandem. Quamobrem quæ de juriſdictionis exercendæ modo in uno magiſtratu dicuntur, illa eadem fermè locum habent etiam in aliis. Eſt autem inter cæteros in jure noſtro maximè nobilis is, qui eſt à prætore.

Omnem

Omnem autem prætoris jurisdictionem definiiſſe videtur M. Tullius Cicero de legib. lib. 3. iis verbis, quibus dicit, prætorem eſſe juriſdiſceptatorem, qui privata judicet, judicarive jubeat. An ex lege XII. Tabular. Tullius hæc in eum locum retulerit, non auſim affirmare. Id enim complures jam docuerunt, leges à Cicerone in loco dicto relatas, ab ipſo confictas eſſe, Duaren. 1. diſput. 53. idemq; ipſe Cicero ſub perſona Quinti fratris ſui fatetur his verbis: *ſed ea* PENE *noſtræ civitatis, etſi à te paululum allatum eſt novi*, quod de prætore verum eſſe ex eo conſtat, quòd prætoris juriſdictio ceperit anno demum ab U.C. CCCLXXXVII. lex verò XII. Tabul. ante eam annis circiter LXXXIII. ſi ejus complementum ſpectes, additis anno ab U. C. CCCIV. duabus tabulis prioribus decem, idq; biennio poſtquam decem ſcriptæ eſſent, perlata ſit: niſi quis tentaverit tractu temporis & alia legi XII. Tabul. fuiſſe ſuperaddita, quod an autorem habeat, neſcio, aut prætorem intelligi Conſulem, quod mihi non ſit veroſimile: ſiquidem Tullius eo loco in genere leges, quibus in optimo Civitatis ſtatu locus eſſe debeat, recenſet. Cùm autem Reipubl. Romanæ ſtatus ejuſmodi eſſet, ut ſi comparetur cum cæterarum Rerump. ſtatibus, dubium non ſit, quin is fuerit optimus, Cicero ex ejus uſu Remp. ſuam informaſſe voluiſſe videtur. Quod facit ut prætorem etiam nō ex lege XII.

Tabul. ſed ex uſu qui tùm erat Tullium definiiſſe exiſtimem. Ex eo autem de duobus conſtat, unum eſt, quæ ad prætoris juriſdictionem pertinuerint, alterum quomodo is juriſdictionem ſuam exercuerit. Prius eſt in rebus privatis, poſterius in judicando vel jubendo judicari, quod cùm facit jus dicit dicendo & dando, quandoq; etiam addicēdo. His quippe tribus verbis: Do, Dico & Addico, omnem juriſdictionem, omneq; prætoris officiū circumſcribi & abſolvi arbitrantur. Sed quoniam potiſſimum juriſdictionis exercitium, quòdq; in oculos maximè incurrat, eſt judicare, vel judicari jubere, inde eſt ut Cicero hujus mentionem fecerit ceteras partes ſubintellexerit, non prætermiſerit. Poterat verò prætor, atq; adeò magiſtratus omnis ſecundum jus poteſtatis ſuæ judicare, vel judicari jubere. Plerunq; tamen ipſe nō judicabat, partim quòd omnibus ac ſingulis cōtroverſiis dijudicandis multitudine graviorum negociorum obrutus vacare non poſſet, partim quòd majeſtate ejus non ſatis eſſet dignum leviora tractare, partim deniq; quòd nollet. Itaq; non judicabat, niſi vel ipſe vellet, vel cauſa ejuſmodi eſſet, ut majorem judicē deſideraret. Ut autem prætor judicare nō potuerit, quod ſcripſit Fr. Duar. 1, diſp. 53. & alii quos eam ad rem allegat Jac. Menoch. lib. 1. de arb. jud. q. 2. hactenus mihi perſuaſum non eſt, hoc tamen apud me certum eſt, quòd judicare non conſuērit, id

quod

Digitized by Google

-d neceſſitati ſubjectum non eſt, arg. l. ſępe, l. ſeq. D. de off. Præſ. Ita igitur ſentio, præ-em ſicut & ceteros magiſtratus judicare poſſe, ſed quoniam hoc illis liberũ erat, judica-non conſueviſſe. Quod mihi ex illo ipſo Ciceronis loco ad Q. fratrem, quem plerique in contrariam ſententiam detorquent, ſatis confirmari videtur, ubi *Quid*, inquit, *prætor ſolet judicare deberi?* non dicit non poſſe ſed non ſolere judicare. Eodemq; pertinet illud Suetonii Claudio Imper. c. 15. cùm ait: *In his quæ non cognitionis ſed Ordinarii juris erant, magiſtratus populi Romani nõ cognoſcebant ipſi, ſed judices dabant:* non quòd non poſſent, ſed quoniam non ſolebant, alioqui Suetonio tam facilè fuiſſet dicere non cognoſcere poterant ipſi, ſed judices dare debebant, quàm illud, *nõ cognoſcebant ipſi, ſed judices dabant.* Hoc enim ad factum magiſtratuum ſpectat, illud verò etiã jus definiiſſet, ſed vitioſa eſt illatio, ſi non cognoſcebant ipſi, ſed judices dabant, cognoſcendi poteſtatem & jus ipſos nõ habuiſſe, perinde atq; ſi quis principem, quod vectigalia ipſe non exigeret, ſed qui exigeret cõſtitueret, jus vectigalia exigendi non habere inde inferret, quam illationem falſam eſſe nemo eſt qui nõ intelligat. Quid verò eſt ſi magiſtratus ipſe judicare nõ poſſet, ſed is tantùm qui rei judicandę judex daretur, ut is qui datus eſt, non ſimpliciter & abſolutè judex dicatur, ſed cum adjectione aliqua, puta quòd

ſit judex datus, l. judex datus, 46. D. de judic. l. penult. D. judicat. ſolvi, item pedaneus l. 3. D. ne quis eum qui in jus vocab. l. prætor, 4. D. de tutor. dativ. item ſpecialis, l. ult. D. de offic. prætor. l. præſes, 5. D. de offic. Præſid. annón adjectio illa oſtendit, judices eſſe alios qui dati non ſint, qui pedanei non ſint, qui ſpeciales non ſint? Ejuſmodi verò nulli ſunt alii, quàm Magiſtratus, atq; in his etiam prætor. Et quòd magiſtratus judicis appellatione contineantur, maneſeſtius eſt quàm ut probatione egeat: ex multis pauca, docet hoc l. 2. D. ſi quis in jus voc. non ier. l. 1. D. de judic. l. ſi cum dotem, 22. §. eo autem tempore, D. ſolut. matrimon. l. 3. D. ad leg. Jul. repetund. l. 3. C. ex quib. cauſ. infam. irrog. in rubr. D. de reb. autorit. judic. poſſid. rubr. C. de juriſdict. omn. jud. & in rubr. C. ut omnes judic. tam civil. quàm milit. cum ſimilib. Sanè in pleriſque liberum erat judicare, in paucis verò, utpote quæ majorem judicem deſiderabant, etiam judicare, vel potius jus dicere cogebantur, de quibus Ulpianus ſcripſit decem libros protribunalium, eò quòd cauſæ illæ pro tribunali expedirentur, & ſunt Libertas, Salaria, mercedes, nutricia, proxenetica, reſtitutiones in integrum, datio tutorum vel curatorum, tranſactiones de alimentis, alienatio prædiorum pupillorum, quas attigit Cujac. libr. 7. obſervat. cap. 24. atq; in his magiſtratus dicitur eſſe judex major, l. non diſtinguemus

32. §.

Digitized by Google

32. §.de liberali,D.de recept.arbit.Sed tam hoc quàm illud officio magiſtratus inerat, illud volentis,hoc etiam inviti. Non obſtat l. final. D. de offic.prætor. & l.præſes 5. D. de offic. Præſ. Nam ſi quis ex his legibus inferat magiſtratũ, atq; adeò etiam prætorem judicare non poſſe de rebus ad juriſdictionem ſuam pertinentibus, is utique & hoc dixerit, magiſtratum vel prætorem in cauſis majoribus judicare non poſſe,quod ex his quę dicta ſunt,evidenter falſum apparet. Neq; verò affirmo ego quòd magiſtratus aut prætor ullo caſu ſe judicem dare poſſit, multò minus quòd ſe dare poſſit judicem ſpecialem. Nam in cauſis ad juriſdictionem ſuam pertinentibus, ſi judicare volet, ecquis eum dabit? Certè non alius non tantùm ob id, quòd eo ipſo quòd juriſdictionem habet alius eam non habet, atque adeò judicem ipſum dare nequit, verùm etiam quòd ſi in juriſdictione collegam haberet aut habere poſſet, par in parem non habet imperium, & collegæ in collegam juriſdictio non eſt, dicit Cujac.lib.7.obſ.cap.17. Neq; etiam ipſe ſeipſum, quoniam ut judicet,opus non habet, ut detur, quia officio ipſius id continetur, atq; jam ipſo jure judex exiſtit,neq; fieri poteſt ut quod quis jam habet, id ipſi detur, eo ipſo quod habet. Atq; hoc ita ipſe Ulpianus explicavit in l. prætor 4.D.de tut.& curat.cum dicit,quòd prętor fieri non poſſit pedaneus judex ex ſua ſenten-

Digitized by Google

tia. Quid hoc eſt, *ex ſua ſententia?* nimirum id quod dixi, quòd non poſſit ſe dare, ſicut dat alium. Exiſtit enim judex non ex voluntate hominis ullius, ſed ex vi officii & magiſtratus ſui quē gerit. Et ſi judex magiſtratus eſſe nequit, quid erat Ulpianū id adjicere, *ex ſententia ſua?* ut jam omittam illud quod omnibus illis locis quibus magiſtratus aut prætor judicem eſſe poſſe negatur, additur ejuſmodi aliqua circumſtantia, ex qua manifeſtum ſit, non ſimpliciter id negari, ſed limitatè, nimirum ut judex eſſe nequeat pedaneus, ut dicitur in d.l.prætor, vel ſpecialis, ut dicitur in d.l.fin.& d.l.3. Eſt igitur magiſtratus ſeu prætor judex, ſed non judex datus, non pedaneus, non ſpecialis: & datus ſeu pedaneus eſt judex, ſed non judex exiſtens, non magiſtratus. Uterq; igitur judex: & judex vox generis eſt, cujus ſpecies duę ſunt. Una judicis ipſo jure exiſtentis, antequam etiam controvertatur, qui prætor eſt ſeu magiſtratus, alterum judicis dati, qui judex non exiſtit, ſed tùm demum, cùm controverſiæ dijudicandæ datur, judex eſſe incipit, ille ex officio ſuo judex eſt, hic ex voluntate hominis: ille judex eſt, ut ita loquar, in theſi, atq; ſi vult, etiam in hypotheſi, hic in hypotheſi, nunquam in theſi: ille & jus dicit & judicat, hic judicat, nunquam jus dicit. Atq; in eo nunc tantò magis acquieſco, quòd poſteaquā hæc ita ſcripſiſſem, Donellum JCtum diſertiſſimum in eadem ſententia eſſe animadverti ad-

tit.

Digitized by Google

tit. D. de jurej. c. 15. n. 5. ubi in hæc verba ſcribit: *In uſu veterum primis etiam temporibus, qui juridicundo præerant,* (hi autē magiſtratus erant) *iidem judices dicebantur, qui uſus multò magis poſtea apud juris noſtri autores invaluit, ut propè nihil frequentius occurrat in libris noſtris, quàm verbum judicis in hac ſignificatione, etiam tunc cùm judicis officio non fungitur, de quo aliâs: nunc ex innumeris locis paucos indicabo, l. 1. ſup. de jud. l. cùm proponas, C. de bon. aut. jud. poſ. l. qui reſtituere, 5 de rei vind. l. ult. §. pe. & ult. ſup. quod met. ca. ſcilicet quia qui juriſdictioni præſunt, etſi non judicant ſemper, præcipuè tamen huic muneri præpoſiti ſunt, ut judicent: quod & ipſi facere intelliguntur, ſive per ſe judicent, ſive per judices à ſe datos, nec tunc ſolùm cùm judicant, ſed etiam, cùm quod ipſi judicarunt, aut judices ab his dati, ipſi ratum eſſe jubent, reum cogendo & ſententiā exſequendo.* Hæc Donellus, in quibus tamen non immeritò dubitaveris, an verū ſit id quod ſcribit, magiſtratū pręcipuè huic muneri præpoſitum eſſe, ut judicet; præterquam enim quod neſciam an id ullo juris vel aliorum autorū teſtimonio probari poſſit, magiſtratus vis omnis ac poteſtas juriſdictione continetur, ut ex definitione magiſtratus, ut alia teſtimonia omittā, conſtat, quam juriſdictionē à judicando aliam eſſe nec ipſe Donellus, opinor, inficiabitur: eoq; ita exiſtimo, magiſtratus præcipuè huic muneri prępoſitos eſſe, ut jus dicant, atq; ob id

in conſequentiam etiam judicent. Quò pertinet, quòd jus dicere, & judicare vel ſententiam proferre diſtinguantur l. voluit 4. in fi. D. de interrog. in jure faciend. l. quidam 47. in fin. D. de re jud. in rubr. C. ne quis in ſua cauſa judic. vel jus dicat: ſententiam verò proferre, quod idem eſt quod judicare, dicitur etiam magiſtratus d. l. quidam, in fine: nuſquam verò judex jus dicere, ſed magiſtratus duntaxat l. 1. C. ubi de cauſ. ſtat. l. pen. D. de juſt. & jur. l. 2. §. poſt originem, D. de origine jur. l. ſi in aliam 7. in fin. D. de off. Proconſ. l. 3. D. de off. ejus cui mand. eſt juriſd. cum infinitis aliis. Magiſtratus in jure verſabatur, interdum etiam in judicio, judex datus in judicio, nunquam in jure: cumq; utriuſq; eadem ratio non ſit, diſtincti ſunt tituli in Digeſtis, *ne quis eum qui in jus vocabitur, vi eximat*, &, *de eo per quem factum erit, quò minus quis in judicio ſiſtat*, & aliâs in jure fieri & fieri in judicio ut diverſa ſeparantur l. 1. §. 1. D. de poſtulan. l. 3. D. ne quis eum qui in jus. Unde omne id quod in jure fieri dicitur, apud magiſtratū ſeu prætorem, nunquam apud judicem, fieri dicendum eſt, l. ſi feriatis 6. in fi. D. de feriis, l. qui mutuam 56. §. 1. D. mandati, l. 1. §. quid ſi in lite, D. ſi quid in fraud. patr. l. 1. §. ſed videndum, D. de ſucceſſ. edicto, l. donari 29. §. 1. D. de donat. l. ult. D. de ceſſione bonor. l. poſt rem. 56. D. de re judic. in rubr. D. de interrogat. in jure fac. atq; vulgata illis temporibus formula, *quando*

ego

Digitized by Google

ego te in jure conſpicio. Ille de jure, interdum etiam de facto cognoſcebat, hic de jure nunquã, ſed de facto ſemper: ille ſine præſcripto cujuſquã, hic ex præſcripto magiſtratus illius à quo datus erat. Dandi verò judicem jus habebat magiſtratus Romanus omnis ſecundum juriſdictionis ſuæ modum, l. cùm prætor 12. §. 1. D. de judic. l. à divo Pio 15. in princ. D. de re jud. l. ult. D. quis à quo appellet. & in ſpecie, judices à Conſulibus datos oſtendit l. 1. §. ſi quis, D. de appellat. item à præfectis urbi, & à præfectis prætorio docet l. 1. D. quis à quo appellet. de prætore autem illud eſt notius, quàm ut probatione aliqua indigeat. Judicem autem magiſtratus ſive prætor non dabat, ſicuti nec actionem, niſi officio ipſius implorato, adeoque id omne à prætore petendum erat & impetrandum. Sed non ſi petebatur, protinus etiam impetrabatur. Antequam enim judicem daret, de jure agendi conſtare neceſſe erat, de jure inquam agendi, an videlicet actio competeret, & ſi competeret, quomodo. De eo autem ut conſtare poſſet prætori, apud prætorem cauſa agebatur ſummatim, atque adeò conjici ſolita erat in jure, & de jure, non de facto, quod prætor præſupponebat, credens narratis ſupplicantis ſive petentis, prætor cognoſcebat intentionibus ac depulſionibus partium auditis, atq; adeò ſecundum id, quod ſibi bonum & æquum videbatur, actionem aut denegabat aut indul-

Digitized by Google

indulgebat, ſcilicet ante ſublatas impetrationes actionum, & formulas per l.1.& 2.C.de formul.& act.impetr.ſublat.ut ad l.1.D.de reg.jur. in elegantiſſimo ſuo commentario ſcripſit Petrus Faber. Denegabat autem, ſi ex turpi & inhoneſta cauſa poſtularetur, vel deſiderio poſtulantis juris ratio refragaretur, ut conſtat ex l. veluti, 27. D. de verb. obl. l. item apud Labeonem, 15. §. itaq; prætor, D. de injur. l. ſi debitor, 30. D. de ſolut. l. 1. §. de inſpiciendo, & §. ult. D. de ventre inſpiciendo, l. ſi nullæ, 10. D. ut in poſſeſ. legat. iiſq; caſibus etiam Juriſconſulti actiones denegare dicuntur, non quòd ipſi denegent, ſed quòd à prætore denegandas eſſe cenſeant, l. quandiu, 69. in fin. D. de acquir. vel amit. her. l. poſtquam, 5. §. 1. D. ut legat. ſeu fideicommiſ. nom. caveat. l. 2. §. ult. D. ad Senat. Tertyll. Dabat verò purè vel cum Exceptione, Replicatione, &c. Nam & Exceptiones, Replicationes, &c. poſtulari ſolebant, quæ tamen & ipſæ interdum denegabantur, l. 1. §. Labeo, D. de fluminib. interdum cum actione dabantur, l. 1. §. ſunt qui putent, D. ne quid in flum. publ. vel etiam non expreſsè datæ inerant bonæ fidei judiciis, l. 3. D. de reſcind. vend. l. ſed ſi ideò, 21. D. ſol. matr. l. hujuſmodi, 84. §. qui ſervum, D. de leg. 1. Cùm prætor actionem dandam cognoviſſet, proxima erat diſpectio de actionis dandæ qualitate, ex bonáne fide, an verò ex jure ſtricto ea eſſet concipienda, eamq́ue ad rem

for-

Digitized by Google

formulam concipiebat ſecundum quam Actor ageret, & judex futurus judicaret: hisq; ita legitimè conſtitutis judicem dabat, in quem uterq. litigantiũ, non alteruter eorum conſenſiſſet, ut ex Cicer. in Cluent. oſtendit Fr. Hotoman. in Lexico ſuo, in verb. judex in privatis, & Jac. Revard. Protribun. c. 11. & ad l. 26. D. de reg. jur. litigatoresq. judicium accipere & ſuſcipere dicebantur, l. ſi quis affirmavit, 9. §. Labeo, D. de dolo malo, l. cùm putarem, 36. D. fam. erciſc. l. 2. §. idem Pomponius, D. de ædil. edict. cum infinitis aliis, hoc eſt litem cõteſtari, quod in jure ad ſellam prætoris & tribunal fieri ſolitum docuit me Pet. Faber ad l. 27. in verb. privatorum conventione, D. de reg. jur. Nam ante litem conteſtatam res nõ pertinet ad officium judicis, l. ædiles, 25. §. item ſciendum, D. de ædilit. edict. neq; actio inſtituta eſſe intelligitur, antequam lis ſit conteſtata, l. amplius, 15. D. rem ratam hab. atq; ex hoc eſt id, quod vulgò interpretibus in ore eſt, quòd judicium à litis conteſtatione incipiat, ad quod allegant text. in c. ſuper quæſtion. & ibidem gl. in verb. litis exordium, de officio & poteſtate judicis deleg. ubi Felinus n. 6. & text. in l. is qui ſe obtulit, D. ubi Jaſon. n 4. Dd. in l. cauſas, C. de tranſaction. Angel. in repetit. l. 1. nu. 1. C. de judic. idq; inter regulas ſuas retulit Socin. regula 295. incip. lis propriè. Et rationem ejus afferunt hanc, quòd ante litis conteſtationem non dicatur quis agere

gere vel petere, ſed agere vel petere velle, d. l. amplius, Panorm. in cap.1. nu. 4. de jurament. calumn. Andr. Gail. 1. obſer. pract. 74. num. 2. Atque ita in litis conteſtatione jus deſinebat, & incipiebat judicium. Lis autem eſt de facto, non de jure. De facto enim ubi conſtat, jam jus eſt manifeſtum, quod ex illo ſumitur vulg. l. ſi ex plagis, §. in clivo, D. ad legem Aquiliam, l. obligamur, §. ex facto, D. de obligationibus & actionibus, l. eum quem 79. §. 1. D. de judiciis. Jus verò prætor formula ſua judici præſcripta concepit, aut certè ex hiſtoria juris petendum eſt, d. l. eum quem, §. judicibus. Ita longè diverſum erat id quod in jure agebatur, ab eo quod agebatur in judicio. In jure apud prætorem magiſtratúmve, cujus eſſet juriſdictio, agebatur, in judicio apud judicem, à prætore illo magiſtratúve datum: in jure actio quidem erat, ſed qua facultas demum agendi peteretur, in judicio actio erat, qua quis facultate illa data utebatur, & rem perſequebatur: in jure de judicio conſtituendo agebatur, in judicio de ipſo negocio controverſo: in jure ſpecimen duntaxat litis futuræ edebatur, in judicio lis omnis plenè expediebatur: in jure quæſtio ſuper facto nulla eſt, ſed factum præſupponitur, atque de eo quid juris quæritur: in judicio omnis & ſola quæſtio eſt de facto, ut planè duplici judicio res eadem diſceptari videretur, uno apud prætorem, altero apud judicem

Digitized by Google

dicem datum. Quod monuit quidem ita Cujacius libro decimo Obſervationum, capite decimo, ſed niſi ita, ut modò dixi, intelligatur, verum non eſt. Cæterùm cognitio illa à magiſtratu fieri non poterat, niſi parte utraque, & acturo & adverſario ejus, audita. Hinc adverſarius ſive is contra quem quis erat acturus, neceſſariò in jus vocandus erat, juris illius experiundi cauſa, ad eum qui juriſdictioni prę-erat: quod idem, quamvis rarius, ob id quòd illud quod in jure fit, quodammodo in judicio fieri videtur, in judicium vocari dicitur l. 1. §. in cauſis, & l. tutor pro pupillo 28. D. de adminiſtrat. tutel. l. 2. §. prætor ait, D. qui ſatisda. cog. quamvis ut id quod in judicio fiebat, dicatur etiam in jure fieri, ullum me locum legere non memini. Quæ verò ad prætorem ſive magiſtratum dicebatur in jus vocatio, ea erat Citatio ad judicem datum: verùm ſicut illud quod in jure fiebat, propriè loquendo, aliud erat ab eo quod fiebat in judicio, ita alia erat Citatio à vocatione in jus. Nam in jus vocatio fiebat ſine ullo juſſu prętoris ſeu magiſtratus: Citatio non niſi judicis juſſu præeunte voce præconis, ut teſtatur Ant. Goveanus lib. 1. lection. cap. ult. illa fiebat ad prætorem ſeu magiſtratum, hæc ad judicem datum: illa fiebat juri experiundi cauſa, hæc facti diſceptandi: illam ciebat acturus ipſe, qui in jus vocabat, hanc non niſi judex ſive apparitor ejus. Ex quibus ut-

utcunq; conſtare arbitror, quid ſit in jure agere, & quid agere in judicio, & rurſus quid ſit in jus vocare, & quid citare. Sed qua forma, quibúsve ſolennitatibus in jus vocatio fieri ſolita fuerit, in eo video non convenire omnibus, quippe à temporibus illis, quibus illæ in uſu fuerunt, aliquantò remotioribus, & à Juſtin. indiciis potius obſcuris, quàm rebus ipſis, ut in pleriſq; aliis, relictis. Quin enim aliquæ fuerint, dubium eſſe nequit illis, qui omnes ferè juris judiciorumq; partes certas habuiſſe ſolennitates norunt. Barnabas Briſſonius, diligentiſſimus formularum & ſolennium populi Romani verborum collector, eſt quidem in illis tradendis ab initio lib. 5. de formul. & ſolennib. pop. Rom. verbis aliquantò brevior, omnẽ tamẽ rem paucis his verbis abſolviſſe videtur: *Quòd ſi vocati in jus.* inquiens, *protinus & illicò non ſequerentur, ſed fruſtrarentur & morarentur, pedémve ſtruerent, teſtimonium iis, qui præſtò aderant, denunciabatur his verbis,* licet anteſtari? *quæ hoc ſignificabãt, licétne vobis teſtibus ad hanc rem uti? Illi ubi.* licet, *reſpondiſſent, annuiſſént ve aurem, in qua memoriæ ſedem veteres locabant, porrigebant, quæ molliter tacta atque apprehenſa, monebantur rei geſtæ memores eſſe: quo facto, manu injecta, adverſarius, ni ſatisdaret, in jus rapi; obtortoq́, collò ad prætoris tribunal trahi poterat.* Hæc Briſſonius. Sanè quin is, qui in jus vocaretur, vocanté protinus ſequi, aut eo nomi-

ne

ne ſatisdare neceſſe haberet, dubium non eſt. De duobus tamen hic quęri video, unum, quis in jus vocaverit. & alterum, an circa iſtam in jus vocationem à vocante vocato vis adhiberi potuerit. Quòd acturus in jus adverſariũ vocandi facultatem habuerit, video conſtare omnibus. Sed an hic ſolus? Ita quidem ſentire videtur Fr. Duaren.lib.1.diſp.c.1.& Briſſon. ſupradicto loco, atq; complures alii, qui exempla in jus vocationis ab acturo tantum conſignarunt, nulla factæ ab alio. Addit Joh. Rober. Aurelianenſis antecesſor non ineruditus lib.3.ſent. c.1. Magiſtratus viatorẽ ſeu apparitorem, atq; adeò duplicem in jus vocandi morem veteribus uſurpatum videri ſcribit, unum, quo ipſe acturus nullo magiſtratus juſſu prȩeunte vocabat, alterum, quo magiſtratus viator ſeu apparitor quẽ in jus vocare poterat: ita ut hoc vel illo more uti in acturi eſſet arbitrio. Hoc ſi Robertus intelligit de viatore, cui id vel à magiſtratu ad petitionẽ acturi commiſſum eſt, vel quem acturus per ſe ad id, ut vocet, adhibet, aſſentior, quamvis credã viatoris miniſteriũ rarius fuiſſe adhibitum, quandoquidem nulla ejus, quod ſciam ego, extant exempla, præter unicũ illud, quod ex Cic. de decumanis affertur, quib. Verres viatores ſuos accommodabat, non quòd illis opus eſſet, ſed quòd eo Decumanis potius modo, quàm alio, in jus vocationẽ fieri placebat: & rurſus Verres non ſponte ſua, ſed à De-

 cuma-

Digitized by Google

cumanis requiſitus accommodabat. Ut autem magiſtratus non requiſitus viatori id commiſerit, aut viator ſua ſponte, ſine magiſtratus cõmiſſione, vel acturi rogitu in jus quem vocaverit, nemo, credo, dixerit, multò minus mihi perſuaſerit. Omnis igitur in jus vocatio ab acturo proficiſcebatur, ita, ut eã faceret vel ipſe ſolus, vel unà cum ipſo, ut exiſtimo, viator, adeóq; facultatem in jus vocandi ipſe ſolus habebat, exercitium facultatis illius, interdũ etiam alius, hic tamen non niſi ipſo volente: qua ratione rectè mihi Robertus cum ceteris conciliari videtur. Unicus Donel. ad l. vinum 22. n. 3. D. ſi cert. pet. ſentire videtur, unumquemq; in jus vocari oportere juſſu & autoritate magiſtratus, ut colligatur ex l. ſi quis ex aliena, 5. de jud. & l. cùm proponas, C. de bon. aut. ju. poſſ. ita modum priorem repudiat, poſteriorem à Roberto probatum ſolùm amplectitur. Sed id ex legibus ab ipſo allegatis quomodo colligi poſſit non video. Nam quod ad l. ſi quis ex aliena attinet, affirmatur quidem in illa, quòd vocatus autoritatem prætoris contemnere non debeat: ad hoc autem ut magiſtratus autoritas contemta dicatur, nõ video cur præciſè neceſſe ſit vocationem autoritate & juſſu magiſtratus factam eſſe, cum ad hoc, ut ejus autoritas contemta eſſe videatur, ſufficiat album, ex quo jus eſſet redditurus, ab ipſo propoſitum, ejusq; juriſdictioni vocatum eſſe ſubjectum, aut ſaltem

rem de eo dubitari, vocatio verò à privato jure ita permittente facta vocatum protinus adſtringat. Nihilò plus ad hanc rem facit d.l.cùm proponas, cùm neceſſè non ſit, ut ſi quis adito provinciæ rectore conveniendus eſt, conveniendus juſſu etiam rectoris vocetur, cùm ſufficiat ut vocato conveniendo rectorem adeat, atque apud eundem vocatum conveniat. Atq; minus hoc caput difficultatis habet:at alterum illud eſt aliquantò difficilius.Communiori interpretum noſtrorum calculo receptum eſt, in jus vocatum ſi ſequi nollet, neq; eo nomine ſatiſdaret, potuiſſe invitum & reluctantem etiam in jus trahi & duci, idq; manu injecta, & vi quodammodo adhibita, &, ut loquuntur, collo obtorto. Hoc Robertus d. cap. 1. negat, contendens eam vis inferendæ rixæque, quoties in jus vocatio fieret, concitandæ occaſionem veteres nec probaſſe nec admiſiſſe, & ut vis aliqua in vocatione in jus fieret, id ſoli prætori fuiſſe licitum, qui apparitori ſuo id mandârit. Ait Robertus, quòd interveniente magiſtratus autoritate tranſigi poteſt, ſicque componi, ut diſſenſionum tumultuumq; præcidatur occaſio, voluit lex non aliter, quàm per magiſtratũ, ejusq; apparitorem, ſive executorem fieri, niſi in caſibus, in quibus lex id permiſerit. Rectè: at aſſumo ego, legem XII. Tabular. id permiſiſſe in vocatione in jus, ut fieri poſſet vi adhibita. Ita enim in illa ſcriptum erat: *Si in jus*

Digitized by Google

vocat, ni eat, manum injicito, encapito anteſtari, ut legit Cujac. lib 7. obſ. c. 16. & alio loco: *Si in jus vocat atq; eat, ſi calvitur pedémve ſtruit, manum endo jacito:* quam partem legis XII. Tab. reliquam nobis fecit Feſtus in verbo, ſtruere. Et rurſus alio: *Manus injectio eſto: in jus ducito:* quę retulit idem Cujac. lib. 10. obſ. c. 10. Etſi verò vis aliqua ea eſſe videbatur, effectu tamẽ juris vis non erat, quia lege permittente fiebat. Sicut enim dolo facere nõ videtur qui jure ſuo utitur, l. nullus 55 ff. de R. J. ita non videtur vim facere, qui jure ſuo utitur, l. factum, 155. §. non videtur, D. de R. J. Eſt verò longè diverſa ratio ejus, quòd ne ex conventione quidem rei pignori ſibi obligatæ ſine judicis autoritate poſſeſſionem apprehendere quiſquam poſſit, & ejus, quòd latitans non poſſit invitus de re ſua detrudi, & ejus quòd qui dolo in poſſeſſionem venit, ordinario potius jure, quàm vi inde ejiciendus ſit. Nam lex eam vim adhiberi nõ tantùm non permiſerat, ſed expreſsè etiam vetuerat, & cur vetaret, ratio eſt manifeſta, quoniam nemini res ſua, aut quę ſua eſſe putatur, ſine facto ſuo auferri debet. Neq; verò ei, cui manus injicitur, aut vis aliqua fit, jus quod habet intervertitur, ſed potius vi iſta, ut de jure experiatur, cogitur, adeò, ut lex contra eum, qui in jus vocantem ſequi non vult, pręſumat, quòd cauſam injuſtam foveat, atq; ob id, quòd ſibi ſuęq; cauſæ diffidat, venire nolit. Non enim ſimpliciter

citer lex vim fieri permiſit, ſed tùm demum, ſi vocatus ſequi nolit, & tum partim ob præſumtionem illam, quam adverſus vocatum eſſe dixi, partim quòd magiſtratus, ad quem vocatur, à vocato contemni videatur, quod fieri nō debet, l. ſi quis ex aliena, 5. ff. de judic. Ex cauſa igitur, quæ ſi deficiat vim fieri lex vetat. Argumētum verò à vi rei non inferenda ad vim perſonæ non inferendam infirmum eſt, quo tamen Robertum uti exempla ab ipſo allata demonſtrāt, quippe quòd vi perſonæ illata, nihil dum perſonæ præjudicetur, at vi illata rei, jus ejus, cujus res eſt, quodammodo interverti cēſetur, nempe uſus ſeu poſſeſſionis, qua ratione non rei tantùm vis illata, ſed ei etiam, cujus res eſt, injuria facta cenſetur. Et qui poſſeſſionem rei ſine autoritate judicis apprehēdit, aliúmve invitum de re ſua detrudit, aut eum qui in poſſeſſione eſt, quamvis dolo vi ejicit, quid is agit aliud, quàm ut ſibi jus dicat, quàm ut cauſa non cognita, neq; meritis ejus diſcuſſis, rem, quantum in ſe eſt, ſuam faciat modo à jure prohibito? Is verò qui vocato in jus, neq; ſequenti, aut ſatiſdanti vim facit, eo ipſo id facit, ut de juſtitia & injuſtitia cauſæ cognoſcatur, quam dum vocatus refugit, meritò trahendus eſt. Nō obſtat, quòd lex XII. Tabularum jubet, ut *vis in populo abſit*. Id quidem legis XII. Tabul. fragmentum ex Ciceronis li. 3. de legibus ſupereſſe nonnulli exiſtimant. Sed quid ſi regeramus, quod ab

initio dictum eſt, videri pleriſq; leges à Cicerone eo loco relatas, confictas eſſe, non veras? ecquo tandem illi probabunt ita in XII. Tabulis ſcriptum, & à Cicerone deſcriptum fuiſſe? Sed ſit ſanè ita, ita ſcriptum fuerit: contrà verò nobis in promtu eſt regula juris, qua dicitur, in toto jure generi per ſpeciem derogari, & illud potiſſimùm haberi, quod ad ſpeciem directum eſt, l. in toto jure 80. D. de reg. jur. & illa, qua dicitur, Exceptionem ineſſe ſuæ regulæ. Concedamus enim ita in genere legem XII. Tab. definiiſſe, ut vis à populo abeſſet: ſed concedatur nobis viciſſim illud, eandem legem in ſpecie vim vocato in jus, & non ſequenti aut ſatiſdanti permiſiſſe. Id enim ita eſſe ſuprà oſtēſum eſt. Videamus verò, an Cicero non aliud voluerit, quàm quod velle ipſum Robertus exiſtimat. Et ita profectò eſt. Sermo nobis hoc loco eſt de inſtituendis actionibus privatis, de experiūdo jure, quod privatim eſt inter duos pluréſve, ad quod ut legitimè perveniatur, in jus vocatione opus eſſe dicimus, cujus effectus is ſit, ut vocatus vel ſequatur, vel ſatiſdet, vel ſi neutrum faciat, vim à vocante expectet. At de his eo loco Tullius omninò nihil. Videatur locus ille, & res erit perſpicua: conferantur leges illæ cum antecedentibus & ſequentibus, apparebit, officium & jus magiſtratuum illis definiri, & proponi ea, quæ ad publicam potius quàm privatam rem pertineant, quod cùm intellige-

Digitized by Google

ret Q. Frater deſcriptioni illi legũ à Tullio propoſitæ, ſubjecit, *quam brevi*, inquiens, *frater, in conſpectu poſita eſt à te omniũ magiſtratuũ deſcriptio?* quod probans Tullius reſpõdet: *Rectiſſimè Quinte animadvertis.* Quòd autem lex iſta ad privatatum actionum inſtitutionem nõ pertineat, ſed ad legis aliasq; publicas actiones, quas ob id mox appellat *actiones cũ populo*, ut eæ ſine vi fiant, & ne eas populus approbare cogatur, ex illis ipſius Ciceronis verbis quibus ſe ipſum in explicatione iſtius legis non procul à fine libri 3. de legib. interpretatur, eſt evidentiſſimũ. Ita enim ait: *Deinceps ſunt* CUM POPULO *actiones, in quibus primum & maximum*, VIS *abeſto.* Et paulò pòſt: *Quòd verò*, inquit, ACTORES *jubeo abeſſe fraude, id totum dixi ex Craſſi ſapientiſſimi hominis ſententia, quam Senatus eſt ſecutus, cùm decreviſſet C. Claudio Conſule de Carbonis ſeditione referente, eo invito, qui* CUM POPULO AGERET, *ſeditionem non poſſe fieri, quippè cui liceat conciliũ* SIMULATQ; INTERCESSUM, TURBARIQ; CEPTUM SIT, *dimittere.* Hęc vis illa eſt, quã à populo non à privato abeſſe lex jubet, ab actionibus, quæ ad ſtatũ rei Romanæ ſpectant, non ab actionibus, quæ ad privatorum utilitatem pertinent, quippè quòd in illis plus eſſet periculi, in his minus: imò ab actionibus etiam privatis, non tamen à modo & ſolennitate ad eas perveniendi. Nam & id cõcedimus, actiones ſine vi debere peragi, ſed

quòd vis adhiberi nequeat, ut ad actiones perveniamus, id verò eſt quod negamus: idem lex negat XII. Tabularum: idem formula, *quando ego te in jure manu conſertũ*, idem antiquus ille vindicandi mos, unde & vindicatio nomen accepiſſe putatur. Eſt verò id cuivis in jus vocanti conceſſum. Generaliter enim lex XII. Tabularum loquitur. Regulariter igitur: ut præter & contra legem diſtinctione aliqua opus non ſit. Imò verò ſpecialibus duntaxat caſibus, inquit Robertus, quis ad judicem manum injectam pertrahi poteſt, quaſi in contrarium ſit regula. Sed qui ſunt caſus illi ſpeciales? Unum annotatum reperio ex l. generali 54. C. de decurio. lib. 10. quo ordini in decurionem manus ſit injectio, ſi præſidis deſit copia, quaſi aliâs injectio non ſit. Argutè, ut qui plures erant, mox factus ſit unus caſus. Sed videamus, quàm appoſitè etiam ille afferatur. Ordini in decurionem manus injectio eſt, ſi pręſidis deſit copia, & Curialis cõditionis quæſtio apud pręſidem intra tres menſes debet peragi, quod totum ab Imperatoribus in prædicta l. generali eſt conſtitutum & definitum. Ex quo colligitur, ut, ſi præſes adſit, ejusq; copia haberi poſſit, ordo Curialium manus injectionem non habeat, & rurſus, ut ſive habeat ſive non habeat manus injectionem, non ipſe, ſed præſes, quem in eadem conſtitutione Cognitorem, item moderatorẽ provinciæ Imperatores vocant, cognitionem ſtatus

ſeu

Digitized by Google

ſeu conditionis Curialis omnem habeat. Jam verò ſiquidem præſes aderat, nõ erat, quòd ordo Curialis eſſet ſolicitus de eo cui Curialis ſtatus quæſtio movebatur. Neq; enim dubium erat, quin ſi periculum eſſet, ut is aufugeret, præſes manus ipſi eſſet injecturus & cuſtoditurus. Verùm id jus manus injiciendi in ejuſmodi caſu ordo Curialis nõ habebat. Quoniam autem fieri poterat ut præſes abeſſet, atq; per abſentiam ipſius, is, qui Curiæ vindicandus erat, elabi poſſet, aut militiæ nomen dare, ut eſt in L. quamvis ſi, C. de decurio. lib. 10. & ante Imperatores, cõſtitutionis d. l generali autores, nullo caſu ordo manus injectionem haberet, generali ſua lege ſanciverunt, ut is qui ſeſe Curiæ ſubtraxiſſet, ab ordine prehendi & cuſtodiri poſſet, donec præſes, cujus in præſenti copia non eſt, rediiſſet, ne interea fortaſſe cũ incommodo Curiæ prehenſus elaberetur. At verò quàm diverſa ſit hæc manus injectio ad eum ſolum effectum conceſſa, ut cui manus injecta eſt cuſtodiretur, ne elaberetur, ab illa de qua nobis ſermo eſt, quæq; ob ſolennitatẽ judiciarii proceſſus, non ob ullam cuſtodiã, comparata erat, nemo opinor eſt qui nõ intelligat. Manus injectio ad cuſtodiam facta, omni jure regulariter eſt prohibita, neq; cuiquam privato, cujuſmodi etiam eſt Curia municipiorum, carceres privati conceſſi ſunt, niſi in caſibus à jure expreſſis, de quibus unus eſt etiam is, de quo in

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

d. l. generali. Vis autem illa ordinis judiciarii nullo jure prohibita reperitur, utpote quæ futuram litem, & quaſi bellum contentionemq́; inter vocantem & vocatum ſignificaret. Neq; verò ex eo quod eſt in l. penult. verſ. ceterum, D. ne quis eum qui in jus vocab. ſi exemptus nihilominus productus ſit, ceſſare pœnam edicti adverſus eximentem, rectè infertur, omne hoc quod in vocatione in jus eſt poſitum, ad neceſſitatem juris referendum eſſe. Nam quin de jure neceſſariò vocatus ſequi debeat aut ſatiſdare, non negatur: ſed eidem contenditur hoc eſſe addendum, ut ſi neutrum iſtorum vocatus facere velit, vocans manus illi injiciendi habeat poteſtatem, atq; ita vim adhibendi. Quod ſi vocatus ei eximatur, quid impedit quò minus vis antè adhibita fuerit? imò vix videbitur vi exemtus eſſe, niſi is, cui vis antè adhibita erat. Quòd verò eximens pœnam evitat, ſi producatur & ſiſtatur juri vocatus, id non ex eo eſt quòd vocatio juris neceſſitati tribuatur, neq; ex hoc quòd vis adhibeatur vel non adhibeatur, ſed ex eo duntaxat, quòd, ut Juriſconſultus ipſe demonſtrat, verba cum effectu ſunt accipienda: Exemtus autem non videatur, qui poſtea ſiſtatur; neq; vocantis jam amplius intereſt, cui ſoli ex hoc edicto actio in factum datur, meramq́ue pœnam perſequitur, ut docet Cujac. cap. 20. de præſcript. & lib. 10. obſervat. c. 10. Eſt igitur hic paralogiſmus non cauſæ ut

cauſæ,

cauſæ, & plus, ut Logici loquuntur, concluditur à Roberto, quàm fuerit in præmiſſis. Omnibus autem illis exemplis, quibus probari videtur neminem ducendum eſſe invitum, id comprobatur, ut nemo ducendus ſit invitus, qui ſponte ſua ſequi velit; & ſunt ex illis nonnulla & certè pleraque quæ ad publicas cauſas pertineant, non privatas, de quibus ſolis nunc loquimur, easq; jam ante à publicis diſtinximus, ut ex hiſtoriis à Roberto citatis videre licet. Porrò tot locis comprobatur, ab ipſo acturo potuiſſe quem duci invitum, quot dicitur quis duci invitus: atq; ſi invitus nemo duceretur, ad quid ſolicita illa veniæ à prætore impetrandæ cura in perſonarũ edicto comprehenſarum vocatione, quibus argumentis non video à Roberto reſponderi? Et rurſus ſi nemo invitus in jus trahitur, cur excipitur is qui in domo ſua eſt, ut invitus inde non extrahatur? l. pleriq; 18. & ſeqq. D. de in jus vocan. l. nemo de domo 103. D. de reg. ju. Nam hoc eo ipſo quòd nemo vi eſſet ducendus, etiam fuiſſet definitum, ut argumẽto Roberti rectius pro hac ſententia uti nobis liceat, cùm quid ſpecialiter excipitur, ut hìc fit in eo qui è domo extrahi non debet, in contrarium eſſe regulam. Nec admitto diſtinctionem ut è domo quis vocari poſſit, ſi vocatio fiat rectè & legitimè: non vocari poſſit, ſi quis vi ingrediatur. Vocatio enim quæ nõ fit rectè & legitimè, nulla eſt, ita ut ne vocatio qui-

quidem nominari debeat: neq; ulla ejuſmodi eſt in textu juris diſtinctio, ut præter & contra textum diſtinguere juris interpres non debuerit. Sanè vocari quis poteſt interdum ex domo ſua, non tamen niſi volens, at verò nunquam inde extrahi invitus, l. ſed & ſi quis, 21. ff. de in jus vocan. quia vis inferri videbitur d.l. pleriq;, quæ in domo inferri nullo modo debet, utpote quæ cujuſq; tutiſſimum eſt refugium atque receptaculum, d.l. pleriq;. Diſtinctio quæ fit in vocatione de domo, facit ut ſi vocandus extra domum eſt, diſtinctio illa adhibenda non ſit, quia extra domũ, ut non injuriam, ita nec vim inferre videtur, ſi jus ſpectes, quamvis de facto nonnunquam vis ſit, qui jure ſuo utitur. Atq; huc referri poteſt ille Quintiliani locus lib. 7. c.8. in quo ait, lege quadam fuiſſe cautum, ut è domo in jus educere quenquam non liceret: quo innuitur id ante legem illam fuiſſe receptum, quod poſtea ſit ſublatum. Ex quibus ſatis abundè refellitur generalis illa omniũ earum rationum, quibus ſuadetur reluctantem invitum etiam in jus trahi poſſe, profligatio & diſſolutio, ut quicquid neceſſitatis in jus vocatione imponi comperiemus, id non ad facti violentiæq; legibus permiſſę, ſed juris tantùm neceſſitatem referamus, ut in eo immorari pluribus operę precium non ſit. Juris enim neceſſitati id omne ita ſubjectum eſſe oſtenſum eſt, ut eadem in ſocietatem ſui aliquando adſciſcat

neceſ-

neceſſitatem facti, ut ex ea tantò expeditius finem ſuum aſſequatur. Conſtet igitur nobis in jus vocatum, ſed ſequi nolentem invitũ & manu injecta trahi poſſe, ſed non omnem. De domo enim ſua vocati non trahuntur, d.l.pleriq;: Ex aſylo vocati non trahuntur, Novel. 17. Vocati qui ſatiſdant non trahuntur, ex quo titulus ille Dig. in jus voc. ut eant vel ſatiſd. & in ſumma vocati trahuntur omnes, niſi quos lex trahi aut invitos duci exceperit. Sed hæc in antiquitatibus rerũ Romanarum poſita à noſtris moribus receſſerunt, & ſolennitates olim in actionibus inſtituendis accuratè obſervandę, atq; in iis etiam hęc in jus vocatio violenta, deſierunt. Quando autem deſierint, mihi non conſtat. Quòd vel Conſtantinus vel Theodoſius & Valentinianus eas ſuſtulerit, affirmare non auſim. Conſtantinus enim formulas juris, non promiſcuè omnes, ſed eas duntaxat, quæ ſyllabarum aucupatione inſidiarentur, id eſt, formulas actionum ſuſtulit, l.1.C.de formul. & impetrat. ſublat. Theodoſius verò & Valentinianus Impp. nihil niſi actionum impetrationem l. 2. C. eod. Quod ſi tempore Juſtiniani ſolennitates illæ in uſu amplius non fuiſſent, doctrina illa, quæ eſt de in jus vocatione, de venia à prætore impetranda, & ſi quæ ſunt alia hiſce ſimilia, tam ſolicitè in libros juris Juſtinianei relata non fuiſſent. Et verò conſtat tempore Juſtiniani acturo in judicio, neceſſe fuiſſe prius agere

in

in jure apud prætorem, qui vel judicaret poſtea ipſe, vel rei judicandæ judicem daret; &, ut arbitror, in jus vocatio cum ſolennibus ſupradictis, eo tempore adhuc frequentabatur, ut colligere mihi videor ex tit. C. de in jus vocan. & ex illo tit. C. de pedan. judicib. Niſi enim hoc ita ſtatuatur, non video qua ratione excuſari poſſint Compilatores juris, qui contra voluntatem Juſtiniani in libros juris retulerint, ea quæ ab uſu jam tùm abſceſſerant. Veroſimile autem eſt, certo judicum numero à Juſtiniano Novell. 82. conſtituto, omnia illa paulatim in deſuetudinem abiiſſe, præſertim Pontificum Romanorum autoritate accreſcente, vel aliqua, ſi non Juſtiniani, ſaltem poſterioris alicujus Imperatoris conſtitutione, quæ non extet, ſublata eſſe, quod omne in conjectura poſitum eſt. De eo verò conſtat, quòd ex uſu hodierno juris & judicii diſcriminis, quod fuit olim, ratio non habeatur, ſed quòd in jure agere, & in judicio agere promiſcuè accipiatur, ſiquidem hodie ita comparatum eſt, ut pleriq; judices ipſi ſint magiſtratus, hoc eſt, ut prætores ſive magiſtratus ſingulorum locorum ſeu territoriorũ ipſi judicare, nõ judices dare, contrà quàm olim conſuetum fuiſſe, ſuprà oſtendimus, aut ſi judices dant, de his etiam, quæ in jure olim agebantur, ipſis cognitioné permittere conſueverint. Atq; diſcrimen illud, quod ad judicé attinet, hodie nullum eſt: ſin autem

rem

Digitized by Google

rem ipſam intuearis, vix eſt ut quidquam ſit immutatum. Nam & hodie ante litis conteſtationem quæ fiunt, omnia eò ſpectant, ut ſciatur an acturo actio competat, nécne, atque ita de jure etiamnum diſputatur, poſt litis conteſtationem de facto. Ex quo Interpretes retinuerunt id quod vulgò omnibus eſt in ore, judicium à litis conteſtatione incipere, ea autem quæ fiunt ante litis conteſtationem, judiciorum eſſe magis præparatoria, quàm ut in judicio fiant, ut ita quæ olim in jure agi dicebantur apud prætorem, ea hodie apud magiſtratum eundemq; judicem ſi agantur, dicantur eſſe judiciorum præparatoria: quæ diſtinctio etiamnum recepta facit, ut diſcrimen juris & judicii non per omnia procedat, aut certè Doctores ineptè ex antiquitatibus retinuerint, quod retineri non oportuit. Inter Citationem autem & in jus vocationem nihil video, quod hodie interſit, inter quæ duo multum olim fuiſſe ſequens caput edocebit. His conſequens eſſe dicit Cujac. libr. 10. obſerv. cap. 10. ut, quia hodie non ducuntur, qui in jus vocantur, perſonas, quæ ſine veniæ petitione & impetratione olim in jus vocari non poterant, in jus vocemus, nihil hodie nos indigere petitione veniæ. Rectè. Cauſa enim ſublata, utiq; & illud quod cauſæ illi conſequens eſt, tolli neceſſe eſt. Neq; enim ea in jus vocatione, qua utimur, reverentia vel pietas perſonis, ſine venia non vocandis, debita

lædi-

læditur, violenta manus injectione ceſſante, ceteriſq́;, quæ ad in jus vocationem pertinent, nunquã ab acturo, ſed à magiſtratu, &, cui ipſe id commiſerit, apparitore expediendis; quod pragmatici quidam non attendentes, hodie etiam non tantùm, ſi perſonæ edicto prætoris comprehenſæ, in jus vocentur, veniæ petitionem requirunt, ſed idem etiã ad alias nonnullas perſonas Edicto non comprehenſas argumento iſtarum, audacius fortaſsè quàm oportebat, extendunt. De Noverca enim Edictum non loquitur: eam tamen ſine veniæ petitione in jus vocari non poſſe à privigno ſuo, opinionem eſſe Doctorum communiter approbatam ſcribit Curt. jun. in l. 1. n. 3. & 7. C. de in jus voc. & de jure veriorem, Cacher. deciſ. Pædemont. 31. n. 5. ſed contrariam opinionem poſt longam altercationem receptiorem eſſe exiſtimat Alciat. in d. l. 1. n. 11. quem ſequitur Eman. Soarez in commun. opin. lit. N. nu. 65. eaq́; in puncto juris eſt verior, & æquitati magis conſentanea. Sed neq́; de vaſallo adverſus dominum acturo quidquam Edicto expreſſum eſt: ex eo tamen quòd libertus patronum ſuum ſine venia in jus vocare non poterat, l. quiq́;, 4. l. adoptivum, 8. cum aliis, D. de in jus vocand. intulerunt nonnulli, nec vaſallo ſine permiſſu judicis licere dominum in jus vocare. Ita ſentit Speculat. ſub tit. de feud. §. quoniam, n. 33. verſ. decimoſeptimò quæritur. Jaſ. poſt Alex. in l. generali-

neraliter, D. de in jus voc. Zaſ. in d. l. generaliter, n. 7. Mynſ. ad §. pœnales, nu. 40. Inſt. de act. ubi dicit pleroſque actionem pœnalem ad dominos feudorum producere, ſi à vaſallis ſine venia in jus vocentur, atq; uſu id ſervari ſcribit Weſenb. in parat. D. de in jus vocan. n. 6. & ſecundum eam opinionem in Camera Imperiali judicatum refert & teſtatur Hartman. Hartmanni lib. 2. obſervat. pract. tit. de feud. §. 45. contrarium tenuit gloſ. in c. 1. verb. ſalva reverentia, de milit. vaſall. qui contum. eſt, & ibid. omnes Dd. Angel. in d. §. pœnales, n. 8. & ibid. Fab. n 2. Plate. nu. 157. Jaſ. ſibi contrarius nu. 72. Zaſ. n. 26. Schneid. n. 45. Jacobin. de homag. nu. 26. ubi hanc opinionem aſſerunt communiorem eſſe, magisq; approbatam, quod idem teſtatur Fr. Burſat. conſ. 99. n. 20. lib. 1. Everhard. in loco à liberto ad vaſall. nu. 15. Alex. in d. l. generaliter, ſeq; ſemper ita vidiſſe ſervari dicit Jul. Clar. in §. feudum, quæſt. 25. moribusque comprobari teſtatum facit Mynſ. cent. 4. obſervat. 92. Weſemb. ſibi contrarius in tractatu ſuo de feud. cap. 9. in fine, ſecundum quam in Camera Imperiali pronunciari refert Mynſ. d. obſer. 92. Andr. Gail. in lib. ſingul. de pignorat. obſerv. 15. n. 4. Fichard. in addit. ad commun. opin. Villalob. lit. V. verb. vaſallus ſine venia. Diſtinguendum verò putat Alciat. in d. l. 1. n. 13. C. de in jus voc. ut ſi de ipſo fundo feudali vaſallus adverſus dominum agere velit, veniam petat,

Digitized by Google

læditur, violenta manus injectione ceſſante, ceteriſq;, quæ ad in jus vocationem pertinent, nunquã ab acturo, ſed à magiſtratu, &, cui ipſe id commiſerit, apparitore expediendis; quod pragmatici quidam non attendentes, hodie etiam non tantùm, ſi perſonæ edicto prætoris comprehenſæ, in jus vocentur, veniæ petitionem requirunt, ſed idem etiã ad alias nonnullas perſonas Edicto non comprehenſas argumento iſtarum, audacius fortaſsè quàm oportebat, extendunt. De Noverca enim Edictum non loquitur: eam tamen ſine veniæ petitione in jus vocari non poſſe à privigno ſuo, opinionem eſſe Doctorum communiter approbatam ſcribit Curt. jun. in l. 1. n. 3. & 7. C. de in jus voc. & de jure veriorem, Cacher. deciſ. Pædemont. 31. n. 5. ſed contrariam opinionem poſt longam altercationem receptiorem eſſe exiſtimat Alciat. in d. l. 1. n. 11. quem ſequitur Eman. Soarez in commun. opin. lit. N. nu. 65. eaq; in puncto juris eſt verior, & æquitati magis conſentanea. Sed neq; de vaſallo adverſus dominum acturo quidquam Edicto expreſſum eſt: ex eo tamen quòd libertus patronum ſuum ſine venia in jus vocare non poterat, l. quiq;, 4. l. adoptivum, 8. cum aliis, D. de in jus vocand. intulerunt nonnulli, nec vaſallo ſine permiſſu judicis licere dominum in jus vocare. Ita ſentit Speculat. ſub tit. de feud. §. quoniam, n. 33. verſ. decimoſeptimò quæritur. Jaſ. poſt Alex. in l. generali-

neraliter, D. de in jus voc. Zaſ. in d. l. generaliter, n. 7. Mynſ. ad §. pœnales, nu. 40. Inſt. de act. ubi dicit pleroſque actionem pœnalem ad dominos feudorum producere, ſi à vaſallis ſine venia in jus vocentur, atq; uſu id ſervari ſcribit Weſenb. in parat. D. de in jus vocan. n. 6. & ſecundum eam opinionem in Camera Imperiali judicatum refert & teſtatur Hartman. Hartmanni lib. 2. obſervat. pract. tit. de feud. §. 45. contrarium tenuit gloſ. in c. 1. verb. ſalva reverentia, de milit. vaſall. qui contum. eſt, & ibid. omnes Dd. Angel. in d. §. pœnales, n. 8. & ibid. Fab. n 2. Plate. nu. 157. Jaſ. ſibi contrarius nu. 72. Zaſ. n. 26. Schneid. n. 45. Jacobin. de homag. nu. 26. ubi hanc opinionem aſſerunt communiorem eſſe, magisq; approbatam, quod idem teſtatur Fr. Burſat. conſ. 99. n. 20. lib. 1. Everhard. in loco à liberto ad vaſall. nu. 15. Alex. in d. l. generaliter, ſeq; ſemper ita vidiſſe ſervari dicit Jul. Clar. in §. feudum, quæſt. 25. moribusque comprobari teſtatum facit Mynſ. cent. 4. obſervat. 92. Weſemb. ſibi contrarius in tractatu ſuo de feud. cap. 9. in fine, ſecundum quam in Camera Imperiali pronunciari refert Mynſ. d. obſer. 92. Andr. Gail. in lib. ſingul. de pignorat. obſerv. 15. n. 4. Fichard. in addit. ad commun. opin. Villalob. lit. V. verb. vaſallus ſine venia. Diſtinguendum verò putat Alciat. in d. l. 1. n. 13. C. de in jus voc. ut ſi de ipſo fundo feudali vaſallus adverſus dominum agere velit, veniam pe-

Digitized by Google

tat, ſin de re alia, veniam petere neceſſe non habeat. Sed communiorem eſſe ſententiam, vaſallum non teneri petere veniam, idq; indiſtinctè, eamq; fortioribus rationibus defendi poſſe teſtis eſt Laurent. Kirchov. in theſ. commu. opin. lit. V. verb. vaſallus poteſt dominum. & probat Mynſ. d. obſerv. 92. in fine, mihiq; videtur eſſe veriſſimum, quamvis tutius & honeſtius facturus ſit vaſallus, ut agere volens, agendi veniam à judice priùs impetret, & ſe ad id, ſi non ex neceſſitate, ſaltem ex honeſtate teneri ſciat. Cautela enim abundans nunquam nocet, & ſæpenumerò etiam non eſt omninò inutilis. De aliis etiam perſonis nonnullis eadem eſt diſceptatio, ſed in omnibus illis verius eſt, petitionem veniæ neceſſariam nunquam eſſe, plerunq; verò honeſtam.

Citare quid ſit. CAP. II.

SUperius caput admonet, ut aliqua hîc de Citandi appellatione dicenda videantur. Olim enim citatio cum in jus vocatione eadem non erat, aliusq; erat actus Citationis ab actu in jus vocationis, qui uterq; hodie unus eſt & idem: tametſi olim etiam Citationis vox videatur uſurpata eſſe aliquantò generalius, qua ſignificaretur quivis actus, quo quis ad eum, qui, ut veniat, jubendi poteſtatem habet, vocatur. Cujus ſpecies duæ ſint, una in jus vocatio, & altera Citatio ſpecialiter ita dicta. In jus vocatio

ſemper

ſemper ad magiſtratum fit, Citatio ad alium etiam quàm ad magiſtratum, puta ad judicem pedaneum. Unde quotieſcunque ad tribunal magiſtratus quis citari dicitur, id accipio de ea Citatione, quę eſt in jus vocatio, ſi de jure ſit agendũ, vel de ea, cùm magiſtratus ipſe de cauſa ſeu facto eſt cogniturus, nempè Citatione ita dicta ſpecialiter. Sed & extra jus ſive judicium, qui ad magiſtratum vocabatur, citari dicebatur, non verò in jus vocari. Nam in jus vocabatur, qui ita citabatur, ut de jure ſuo in jure, id eſt, apud magiſtratum qui juriſdictioni præerat, experiretur & quaſi diſceptaret. Vocabatur autem interdum magiſtratus juſſu præeunte, interdũ ſine illo: magiſtratus juſſu non niſi per præconem, eaq; tùm Citatio dicebatur, ſine illo ab ipſo qui in jure acturus erat, quæ ſpecialiter in jus vocatio eſt. Ita fit ut omnis citatio per præconem fiat, ſive ea fiat ad jus, ſive ad judicium, ſive extra utrunq; , ſed nõ omnis in jus vocatio, &, ut ſummatim ea colligam, præco citare, acturus in jus vocare dicebatur. Ceterũ citatio illa, quæ per præconem fiebat, fieri ſolitam non voce ſolùm præconis, ut eſt in l. penult. D. de in integ. reſtit. ſed etiam per ſcripturam, ita ut pręco ſcripturã exhiberet aut affigeret, ex jure inprimis Pontificio, tum verò etiam Conſtitutionibus Juſtiniani quotidiano uſu comprobatis eſt manifeſtiſſimum. Itaq; verè quidem Duarenus lib. 1. diſp. c. 7. Citationem

eam eſſe dicit quæ fit in foro ac tribunali voce præconis, ad quam ſolam pertinent exempla ab ipſo adducta, ſed nimis anguſtè, & multò anguſtius Ant. Goveanus vir ingenii acutiſſimi lib. 1. lection. cap. ultimo, Citare dicit eſſe voce præconis vocari coram magiſtratu. Multò rectius dixiſſent, ſi ſimpliciter dixiſſent, Citare eſſe per præconem vocare, ut definivit Barn. Briſſon. lib. 3. de verb. ſignif. quandoquidem Citatio per præconem fieri poſſit etiam tùm cùm judicium quidem nondum eſt, futurum tamen eſſe ſperatur, ut cùm quis juris ſui experiundi cauſa non ab ipſo ſuo adverſario, ſed ad petitionem adverſarii à præcone in jus vocatur, imò verò cùm judicium omninò nullum eſt, neq; futurum ſperatur, atq; omninò extra judicium, quod compluribus exemplis, & ex noſtris, & ex aliis ſcriptoribus probatis comprobavit Johan. Robert. lib. 3. ſentent. cap. 7. & Plutarchus in Gracchi vita, quod Latini Citare dicunt, ipſe Græcis dicit eſſe ἀνακαλεῖσθαι τῇ σάλπιγγι. At verò Citatio per pręconem ſcriptura à magiſtratu emiſſa fiebat, quę Citatio Plauto in Gurgul. libello fieri dicitur, Juriſconſultis noſtris Edicto, ut in l. Senatus 15. §. divus Hadrian. conjunct. l. Arianus 42. in fine, D. de jure fiſci, l. 1. C. de aſſert. tollend. & paſſim, & quòd ternis literis Reum commonefactum ſcribunt Diocletian. & Maximian. Impp. in l. cõſentaneum, C. quomod. & quand. jud. ſentent. profer. deb.

id

id fieri Paulus dicit trinis literis vel edictis, lib. 5. ſentent. tit. 5. §. trinis, & Hermogenian. tribus edictis, l contumacia 53. §. 1. D. de re judicat. *Literas vel edicta*, ait Paulus, erant nimirum illa, quod ad effectum citationis attinet, eadem, ſed videntur mihi modo fuiſſe diſtincta, quippe quòd edicta loco publico, unde rectè legi poſſent, affixa fuerint, literæ verò ad reum ipſum tranſmiſſæ, quod etiamnum uſu receptum eſt. Itaq; citatio omnis à præcone ejusq; miniſterio expeditur, ſed interdum ipſius voce, interdum verò edicto publicè affixo, juſſu magiſtratûs ſeu judicis, à præcone tamen, quò pertinet d. l. Senatus, & l inter 20. de pub. judic & ea quę notavit Cujac. ad d. l. penultimam. Non imperitorum igitur abuſus eſt, ut putavit Duarenus, quòd citationis vocabulum amplius, atq; ipſe faciat, accipitur, ſed peritorum uſus, qui ſub Imperatoribus, quorum conſtitutiones in cōſpectu poſitæ ſunt, vixerunt, qui ſi conſtitutiones ipſi non deſcripſerunt, at certè illis uſos eſſe conſtat, & quò propiores illi fuerunt ſeculo literatiori, eò magis eſt veroſimile, ipſos proprietates vocabulorū & calluiſſe & ſecutos eſſe, & cùm uſu etiam eam Citationis ſignificationem receptam videamus, non eſt quòd eam amplecti non debeamus. Quod autem ad l. & poſt edictum, 73. D. de judic. attinet, quandoquidem eam à Roberto adverſus Duarenū in diſceptationem trahi video, ſciendum eſt, judi-

cem plerunq; trinis denunciationibus aut edictis contentum eſſe, iisq; vel ſucceſſivè, id eſt, uno poſt alterum propoſitis, vel ſimul, id eſt, uno pro omnibus, nempè vice trium, quod tamen tot dies contineat, quot tria illa ſimul conjuncta continerent. Utrum autem edicta illa conjunctim an disjunctim judex proponere velit, id in ipſius eſt arbitrio, l. ad peremtorium, 68. & ſeqq. D. de jud. Trium edictorum ſeorſum & per ſe ſola propoſitorum, nullum eſt peremtorium, l. & tertium 70. D. de judic. ſed vel tria illa ſimul conjuncta, vel edictum quartum, quod tria illa ſeorſum propoſita ſequitur, vel id etiam, quod primum aut alterum ſeorſum propoſitum ſequitur, ſi nimirũ judici ita videatur, Edictum faciunt peremtorium, l. nonnunquam 72. D. de judic. l. 2. C. quomod. & quand. jud. Edictum autem peremtorium aliud, quod ſequatur, non eſt. Inde enim peremtorium dici ſcribit Ulpianus, quòd perimat diſceptationem, hoc eſt, ultrà non patiatur adverſarium tergiverſarii, d. l. & tertium, ubi pro *diſceptationem*, rectius fortaſſe legeretur *dilationem* ſeu *dilationes*, errore ex notis creato. Neque enim diſceptationẽ protinus ſive controverſiam adverſario poſt peremtoriũ edictum non reſpondente perimi exiſtimo: quoniam, ſive adverſarius reſponderit ſive non reſponderit; poſt impetratũ edictum peremtorium, cauſa nihilominus eſt agenda, & in ea ſenten-

tia

tia pronuncianda, non utiq; ſecundum præſentem, ſed etiã ſecundum abſentẽ, ſi juſtam cauſam habuit, d.l.& poſt edictũ, l.generaliter, 13. C. de jud. At diſceptatione peremta, eo ipſo quòd peremta eſt, nihil amplius quæritur. Et dilationẽ potius quàm diſceptationem legendũ eſſe, ex ipſius Ulpiani interpretatione colligi poſſe videtur, qui ſecundũ lectionem vulgatam diſceptationẽ, aut, ut ego malo, dilationẽ perimi dicit, nihil eſſe aliud, quàm judicem ultrà non pati adverſarium tergiverſari. Id verò quid eſt aliud, quàm ut judex adverſario ulteriores dilationes nõ concedat? Poſt peremtorium igitur edictũ, quod interdum quartũ eſt, interdum tertium vel ſecundũ, interdum etiã unicum, prout judici pro conditione cauſę, vel perſonæ, vel temporis, ordinem edictorum vel compendium moderari videbitur, d.l.nõnunquam, in fi. nullum amplius edictum proponitur. Quæ ſententia Duareni eſt, meo quidẽ judicio, veriſſima, ad quam impugnãdam, ea quę Johan. Robertus in medium attulit, malè admodum ſibi cohærent. Vult Duarenus, poſt edictum peremtorium impetratum, abſentem non eſſe iterum vocandum, nec quarto edicto locum eſſe, cùm ex peremtorio jam parti jus ſit quæſitum: ſed citandum tantùm eſſe abſentem, id eſt, voce præconis pro tribunali coram judice vocandũ, ut exurgat & reſpondeat. Robertus ſibi hanc ſententiam minimè pro-

Digitized by Google

bari ſcribit. Quî hoc? *Nam ſi peremtorium*, inquit, *edictum tria edicta præcedere debent, hocq́; peremtorium quartum eſt, quorſum vel hoc edictum vocamus? nec ceteris ordine quartum annumeramus?* At id primùm apertè falsũ eſt, quòd tria edicta oporteat præcedere edictũ peremtorium. Nam, ut ex ſuprà dictis conſtat, edictũ peremtorium datur interdum poſt unũ vel alterum, interdum ſtatim, quod appellatur *unũ pro omnibus*. Deinde citandum quidem eſſe adverſariũ, dicit Duarenus, ſed ſine edicto. Nam ſi edictum ſequatur aliud, non illud utiq;, ſed poſterius peremtoriũ fuerit. Peremtorio enim edicto omnis dilatio & ulterior tergiverſandi occaſio peremta & ſublata eſt: eoq́; adverſarius monitus eſt ſatis, ut ſi non reſpondeat, nec in proceſſu judex meliori illum jure niti comperiat, cõdemnari omninò poſſit & debeat. Atq; ad eum finem edictum peremtorium proponitur, ut is, qui edictum dedit, comminetur, etiam abſente parte adverſa vel diverſa cogniturum ſe & pronunciaturum, l in peremtorio 71. D. de jud. Eo itaq; propoſito, & in notitiam pervento, cur vel pro abſente, vel contra illum pronunciari non poſſit? At præſupponitur hic, quòd propoſitum ſit, & in notitiam pervenerit, ut ille Marcelli Juriſc. locus, qui affertur ex l. 1. §. item cùm ex edicto, D. quæ ſentent. ſine appe l. reſcin. nõ ſolùm Duareno nihil obſtet, ſed ſententiam etiam ejus valde confirmet.

Ex-

Explicatur natura actionum præjudicialium, ad Juſtinianum, in §. præjudiciales, Inſt. de action.

CAP. III.

DEclarata natura actionum civilium & prętoriarum, tam earum quæ ſunt in rem, quàm quæ ſunt in perſonam, Juſtinianus in §. præjudiciales, Inſtitut. de action. attingit potius, quàm ut explicet actiones præjudiciales, quæ & ipſæ civiles partim ſunt, partim prætoriç. Cur autem à ſuperioribus haſce ſejunxerit, dicetur tùm cùm expoſitum fuerit, cur actiones, de quibus in dicto paragrapho agitur, appellatæ ſint præjudiciales. Ita autem illas ab effectu, hoc eſt, à præjudicio, quod pariunt, dictas eſſe, nemo eſt qui ambigat: at præjudiciũ hoc cujuſmodi ſit, non peræquè inter omnes convenit. Qua in re animadvertendũ eſt, præjudicium non ſemper uno accipi modo. Præjudicium enim interdum eſt probatio, ut in l. penult. D. de his qui ſui vel alien. jur. ſunt, l. ſi quis 5. §. meminiſſe, C. de agnoſcend. & alend. liber. l. interdum 4. D. de publ. jud. l. 1. C. quando act. civil. criminal. præjud. aliquando accipitur pro exceptione, ut in l. divus 5. in fine, D. de hereditat. petit. & probat Cujac. lib. 5. obſervat. c. 37: idemq; confirmat rubrica Digeſt. de exception. præſcription. & præjudiciis, ubi præjudiciorum appellatione intelliguntur ſpeciales quædam exceptiones, quibus excluditur a-

Digitized by Google

ctio hac ratione, quòd futuræ graviori actioni præjudicium faciant, quarum exempla ſunt in l.13.16.18.& 21.D.eod.& meminit Paulus JC.in l.per minorem, 54.D.de jud.Sed & ſententiam interlocutoriam præjudicium dici, eò quòd ante ſententiam principalem ſive definitivam proferatur, docuit Duaren. lib.2. diſput. cap.2. at in d.§.præjudiciales, nec exceptionem, nec probationem, nec interlocutionem judicis, ſed actionem ipſam præjudicium ſignificare; præterquam quod ſeries tituli illius, ſub quo ille collocatus eſt, arguit, ipſe Juſtinianus diſertè expreſſit, eò quòd affirmat, *præjudiciales actiones in rem eſſe videntur*, quomodo etiam nō uno loco in Digeſt. vox præjudicii accipienda eſt, pro actione præjudiciali, ut in l. 1. §.1. D.de rei vindic.l.quotiens 18. D.de probation. l. ſive contra 3.§.quid ergo, D.de agnoſc. & alend. liber. l. fin. D. ſi libert. ingen.eſſe dic. &, ut arbitror, in l. Imperat.30.D. de reb. autor. jud.poſſ. tametſi Ruſſardus ibi in notis ſuis, & Cujacius malint legere *judicio*, quàm *præjudicio*, vel, ut idem Cujac.in notis ſuis prioribus ad d. §.præjudiciales, *per judicem*, ne plures actionum præjudicialium ſpecies ponantur, quàm quot in hoc paragrapho, & in l.actionis 37.D.de obl.& act.relatæ ſunt. Ex quo fit, ut hoc loco præjudicium & actio præjudicialis idem ſignificent, ac proinde præjudicio definito, actionem etiam præjudicialem eo ipſo definitam eſſe interpre-

terpretes exiſtiment, quę cauſa eſt, ut in præjudicii definitione inveſtiganda hîc multùm elaborent. Et quin judicium ſit, non eſt dubiū, & cum præjudicium dicatur, intelligitur etiam id judicium eſſe ejuſmodi, quod prę alio, hoc eſt, ante aliud judicium expediatur. Id verò cùm fieri poſſit duobus modis: Uno nulla habita ratione judicii alicujus futuri, hoc eſt, quod ex intentione agentiū judicium erat, & nunc expeditum eſt, ſed ex pòſt facto fit præjudiciū, vel inter illos ipſos qui judicio iſto egerant, vel inter alios: altero propter aliud connexum, quod ex illo expedito ſponte ſequatur, illudq; nō inter alios, ſed eos ipſos, qui prȩjudicio experiuntur: inde eſt, ut prȩjudicium duplex ſit, Abſolutum unū, alterū Relatum. Abſolutū eſt, quod, ut Aſconius definit in divinat. Cic. in Verrem, cùm ſtatutum fuerit, judicaturis adfert exemplum, quod ſequantur. Cujus vim Quinct. li. 2. Inſt. Orat. c. 5. in trib. verſari dixit; in rebus vel iiſdem, vel ſimilibus, vel ad id, de quo quæritur, pertinentibus. Quomodo omnia judicia conſtituta fieri poſſunt præjudicia, quamvis tum, cùm conſtituuntur, præjudicia nondum ſint, ſed tùm præjudicia fiant, cùm & judicis ſentētiâ definita ſunt, & res iſtiuſmodi incidat, ad quam judiciū illud accommodari, eiq;, ut ita dicam, jus dicere poſſit, utpote antè judicatum, & ſententia judiciali definitum atq; deciſum. Non dico, hoc præjudicium eſſe rem judicatam,

Digitized by Google

tam, quoniam res judicata inter eaſdem perſonas, de eadem re, ex eadem cauſa eſſe intelligitur. Præjudicium verò hoc eſt etiam inter perſonas non eaſdem, etiam de rebus non ſemper iiſdem, ſed plerunq;, cùm res eſt eadem, perſonę litigantes ſunt diverſæ: & viciſſim, cùm perſonę ſunt eædem, res tamen non eſt eadem, ſed vel ſimilis, vel priorem controverſiam aliquo modo attingens. Eamq; ob cauſam res judicata non ſolùm actionem judicati, ei, ſecundum quem judicatum eſt, parit, verùm etiam exceptionem, ſi fortè fuiſſet Reus: quorũ neutrum eſt in præjudicio, quippe in quo locum habet, quod dicitur, ſæpe conſtitutum eſſe, res inter alios judicatas aliis non præjudicare, l. ſæpe 73. D. de re jud. l in cauſæ 27. D. de procu. l. Modeſtinus, 10. D. de except. l. 1. §. cùm dicitur, D. ſi cui plus quàm per leg. Falcid. tot. tit. C. res inter alios actas, aliis non nocere, itemq; & illud, legibus judicandum eſſe, non exemplis, l. nemo, C. de ſentent. & interlocut. l. ſed licet 12. D. de offic. præſid. Non tamen putandum nullius omninò effectus propterea eſſe, ſiquidem conjunctum cum aliis probationibus ſeu præſumtionibus, facit eas robuſtiores, ut, cùm in ejuſmodi caſu jam antè ita judicatum ſit, judex eò facilius in eandem ſententiam ſit inclinaturus, eodemq; modo pronunciaturus: qua in re judicem valde circumſpectum eſſe oportet, quoniam vel minimam circumſtantiam, quæ in fa-

Digitized by Google

cto ſit, cõtingat inducere ut diverſitatem facti à priori, ita & diverſitatem juris. Et de hoc quidem præjudicio in hoc paragrapho ſermo non eſt, cùm etiam propriè actio non ſit, ſed actio aliquando fuerit, & tùm etiam, cùm fuit præjudicialis, atq; actio fuerit ſententia nunc deciſa, & ad actionem aliquam, quæ nunc inſtituatur, ob ſimilitudinem aut identitatem accommodata. Præjudicium autem, de quo hic agitur, Relatum eſt. Id Theophilus paraphraſtes Inſtitutionum Imperialium Græcus, hoc loco definit, quòd ſit τύπος ἀπὸ ἰντεντίωνος μόνης συγκείμενος, id eſt, formula ſeu libellus ſola intentione conſtans: quam definitionem Eguin. Baro putat defendi non poſſe, quoniam in præjudiciis non minus ſuper jure noſtro pronunciari petamus, atque in aliis in rem actionibus; aut certè, ut defendatur, accipiendam eſſe de præjudicio, quo incidenter quæritur de ſtatu, genere, gente, agnatione, ætate, patria poteſtate, & id genus aliis, non quidem, ut pronuncietur, ſed ut tantùm inquiratur, & negotiũ ſine pronunciatione examinetur, ne in judicium non procedat. Franc. Hotomannus definitionem quidem iſtam veram eſſe concedit, ſed addit à Theophilo non intellectam, in commentario ſuo ad d. §. prejudiciales, n. 10. idq; arguere verba ipſius Theophili interpretantis id, quod dixerat, præjudicium conſtare ſola intentione; οὔτε γὰρ ἔχει καταδίκην ἐν ἑαυτῇ, hoc eſt, neq; enim con-

condemnationem ullam habet in ſe, ut vertit Baro ibidem, Duaren. lib. 2. diſput. c. 2. Ridiculum enim eſſet, ſi is, qui, exempli cauſa, ad libertatem proclamaret, diceret, ſi apparet me liberum eſſe, neq; adderet, condemna eum judex, aut ſaltem, tùm me liberum eſſe pronunciato: atq; hanc ſententiæ actionum præjudicialium rationem fuiſſe, ut quis pronunciaretur videri liber, ſervus, filius, &c. probat Hotoman. ex l. Divi 27. D. de liber. cauſa, l. circa 14. D. de probation. l. adoptivum 8. D. de in jus voc. Hoc abſurdum ut evitaret Duarenus, in d. cap. 2. diſtinxit καταδίκην ſeu condemnationem, ut præjudicium non habeat in ſe condemnationem adverſarii ad dandum aliquid vel faciendum, & tamen habeat condemnationem aliquam, quippe quòd judex in præjudiciis haud minus atq; in aliis judiciis pronunciet, quæ pronunciatio in effectu condemnationem aliquā continere dici poſſit, argumen. l. 1. D. de re judic. & l. 3. C. de ſentent. & interlocut. omn. judic. quod idem tamen etiam ita vult accipi, non ut actor non poſſit petere reum condemnari, ſed ut id neceſſe non ſit. Atque ita arbitrio actoris Duarenus relinquit, utrum ipſe velit præjudicium condemnationem habere, necne. Ab hac Duareni ſententia non longè receſſit Duareni æmulus Joannes Robertus lib. 2. ſentent. cap. 13. ſed mavult ille καταδίκην interpretari Concluſionem, quàm Condemnationem, quod

quod mihi detortum eſſe videtur contra phraſin linguæ Græcę, & contra ipſius etiã Roberti declarationem. Καταδίκην enim ullibi pro Concluſione accipi, Robertus haud facilè probaverit: atq; ſi Theophilus in ea fuit ſententia, in qua ipſum fuiſſe Robertus ſcribit, præjudiciorum, quæ actionis inſtar redduntur, libellũ ſola proponẽtis intentione conſtare, nec ullã concluſionem complecti, quid eſt, quod Robertus in exemplo, filio alimenta petenti, & cum reus conventus negaret, patrem ſe eſſe, præjudicio à prætore ſibi permiſſo agenti, hanc formam pręſcribit, ut libello propoſito intendat, ſe filiũ eſſe, idq; declarari à pręrore poſtulet. Hic enim non ſolùm manifeſta eſt intentio, ſed ipſa etiam concluſio, hoc ipſo, quòd ſe filium declarari poſtulat, ſuperq; eo pronunciari. Etſi enim non petat, ut judex adverſarium condemnet ad dandum, faciendum, ſeu reſtituendum, petit tamen aliquid declarari, quod ipſum etiam eſt concludere. Alioquin enim, neque in actionibus in rem ulla concluſione foret opus, in quibus actor itidem declarari ſe petit dominum, & niſi res reſtituatur, atq; judicis arbitrio pareatur, cõdemnatio ſequitur. Sive igitur Condemnationem ſive Concluſionem interpreteris καταδίκην, difficultas nondũ eſt ſublata. Ego verò hanc rem aliquantò altius ex antiquitate repetendam eſſe exiſtimo, ſumq; in ea ſententia, definitionem præiudicii à Theophilo allatam,

Digitized by Google

tam, non ſolùm veram eſſe, contrà quàm putavit Baro, ſed ab ipſo etiam ſatis intellectã, contrà quàm exiſtimavit Hotomannus, adeoq́; rectè dictum eſſe, præjudicium conſtare ſola intentione actoris, nec, ut ceteris actionibus, ineſſe ei clauſulam cõdemnationis, ut ſcribit Cujac. lib. 18. obſervat. c. 23. quod omne ita oſtendo: Moris erat olim ante Conſtantinum M. Imp. ut qui acturus eſſet, actionis formulã, antequam ageret, à prætore impetraret, ſimulq́; ab eodem judicem acciperet, qui ſecundũ formulam illam impetratam & præſcriptam judicaret: idq́; omne in jure fieri dicebatur. Exin judex datus omnia, quę officii demandati erãt, exſequebatur, id quod fiebat in judicio, quem morem retulit Duaren. ad l. Juriſgentium, 7. §. & ideò, in verb. actionem à prætore dandam, & lib. 1. diſput. cap. 53. Govean. in l. cum qui 13. D. de juriſdict. omn. judic. Coraſ. in §. ſic itaq;, in verb. ſi paret, Inſtit. de action. & in l. 2. §. ſed cùm placuiſſet, nu. 9. D. de orig. jur. & lib. 3. Miſcellan. cap. 18. nu. 2. Hotoman. in lib. de magiſtrat. atq; ego pluribus id explicavi ſuprà cap. 1. Quod ita erat regulare: ex anomalia nanq; hoc eſt, quòd prætor in quibuſdam cauſis judicem non daret, ſed judicaret ipſe, idq́; favore cauſæ vel perſonarum, l. 1. D. de rei vindicat. l. Aemilius, 38. D. de minor. l. voluit, 4. D. de interrog. acti. & maximè in actionibus popularibus atq; cauſis ad ſtatum pertinentibus, l. non diſtinguemus,

guemus,

gnemus, 32. §. de liberal. cauſ. D. de recep. arbit. quod de quæſtione cauſæ liberalis, & de quæſtione ingenuitatis ita expreſſum eſt in d. §. de liberal. cauſ. & de quęſtione, utrum in poteſtate quis ſit, an non ſit, in l. 3. §. hoc autem interdictum, D. de liber. exhibend. l. ſi filius 8. D. de probat. eamq; ob rem prætor in his cauſis pronunciaſſe dicitur in l. Titius 43. D. de act. emti. l. judicatæ 29. D. de except. rei judic. Quòd autem in l. Titia 34. D. ſolut. matr. quæritur, quæ partes ſint judicis, vox *Judicis* interpretanda eſt, *prætoris*, utpote ejus cauſæ judicis, quod etiam arguunt verba mox ſequentia, quibus dicitur, actionem ab eodem nimirum judice eſſe denegandam, quam utiq; non denegaverit judex à prætore datus, quemadmodum nec dare eam poteſt, ſed prætor, cujus officiũ eſt in dandis vel denegandis actionibus. Cognitio ergò ſive notio cauſarum præjudicialium ad ſolos pertinebat prætores, eaq; alterutro horũ duorum modo expediebatur vel ſimpliciter, nudè, de plano & extra ordinẽ, vel diſcutiendo cauſam ordinariè in judicio, quos duos cognoſcendi modos propoſuit Ulpian. in l. 1. §. 1. D. de rei vindicat. Verùm de nuda iſta cognitione hìc dicendi locus non eſt, ſed de ea duntaxat, quæ fit in judicio, ad quã requiritur actio, tametſi ob id, quòd judicium hoc apud prætorem ipſum exercetur, actio autem propriè dicta exerceatur in judicio apud judicem datum, di-

E ſtingui

Digitized by Google

ſtingui ſoleat ab actione, ut in l. ſed & hæ 35. §. 1. D. de procurat. l. actionis 37. D. de obligat. & action. Dat autem prætor præjudicium & cognoſcit, ſive cauſa aliqua, cur præjudicium inſtituatur, puta alimentorum, operarum aut ſimilis interveniat, ſive nulla interveniat, l. fin. D. ſi liber. ingen. eſſe dicit. Si cauſa interveniat, puta, ut operæ præſtentur, aut obſequium reddatur, tùm duæ quodammodo fiunt quæſtiones: Una principalis, nimirum operarum, aut obſequii petitio: altera minus principalis & quaſi incidens, nimirum in modum exceptionis ſive contradictionis, ſi fortè is, à quo operæ aut obſequia petuntur, dicat ſe libertum adverſarii non eſſe, cujus exemplum eſt in l. pen. D. de noxal. act. Illa propriè actio, quæ de operis eſt aut obſequiis, poſtulatur ventilanda coram judice dato: hac exceptio, quę & ipſa videbatur unà cum actione illa ventilanda, ſed quia majorem judicem habere debet hæc quæſtio, ideò prætor de hac prius cognoſcit ipſe, atque tum, ſicubi opus eſſe atq; cauſa id requirere videatur, actionem dat, & ſuper eo, quod principale eſt, judicem dat, judiciumq; conſtituit. Ex quo apparet, ſi quęſtio prę;udicialis eo modo incidat, ſatis eſſe, eam ſaltem intendi, (ſiquidem qui excipit non minus intendit, quàm is qui agit,) non etiam peti, ut adverſarius condemnetur, atq; ita intentionem eſſe ſine cōdemnatione. Sin autem cauſa nulla interveniat,

&

Digitized by Google

& præjudicium principaliter ab alterutro deſideretur, atq; à prætore reddatur, eo caſu exiſtimaverim, actorem petiiſſe declarari vel liberum ſe eſſe, vel adverſarium ſervũ, vel patremfamiliâs ſe eſſe, vel adverſarium filiumfamiliâs, atq; ita actorem intentionem ſuam propoſuiſſe, eiq; ſimul adjeciſſe petitionem, non etiam condemnationem, ut vel ex hoc manifeſtũ eſſe poſſit, καταδίκην multò rectius à pleriſq; verti Condemnationem, quàm Concluſionem, & quamvis Robertus autoritate Hotomanni hanc ſuam verſionem comprobet, nuſquã tamen apud Hotomannum illam in hoc paragrapho reperio. Hinc non eſt obſcurum, quomodo præjudicii definitio à Theophilo tradita intelligenda ſit, nimirum, ut in eo nulla ſit petitio condemnationis adverſarii, ſed declarationis tantùm juris, quod inter litigãtes eſt ratione ſtatus. De his enim præjudiciis, quæ dantur ratione ſtatus, ſolis nũc ſermo eſt. Manifeſtum etiam eſt, cur dicantur præjudicia ſeu actiones præjudiciales, videlicet, primò, quia ſemper præ aliis judiciis, id eſt, ante judicia alia decidatur, ſive judicia illa intentata jam ſint, ſive non, intentari tamen poſſint, ut docet Cujac. in parat. C. de ordine cognition. deinde, quia judicium ſecuturum quaſi determinant, & utrique litigantium prejudicant, ei quidem, ſecundum quem judicium datum eſt, utilitatẽ afferendo, cõtra quem verò judicatũ eſt nocendo, ut eru-

Digitized by Google

ditè in hoc paragrapho docet Zaſ. n. 4. & 13. tertiò, quia obſtant etiam litibus futuris, iisq; prę-judicium faciunt, non etiam ipſę patiuntur per illas, ſi fortè præceſſerint, ut oſtendit Cujacius in paratit. Cod. de liber. cauſa, id eſt, ut interpretatur hic Hotomann. n. 7. quia ſententia in actione præjudiciali lata, utrocunq; modo lata ſit, alteri cauſæ fundamentũ jaciat, eiq;, quemadmodũ dijudicanda ſit, præſcribat. Quò pertinet definitio præjudicii ab eodem Hotom. hic n. 8. propoſita, ut ſit judiciũ, ex cujus eventu altera quædam cognitio, quæ tantiſper interea ſuſtinenda eſt, diſceptari debet, quam ibidem ſequitur Weſemb. dicens actiones prę-judiciales eſſe, quarum ex eventu altera pendet cognitio, tametſi Weſembecius videatur aliquantò generalius eas definiiſſe. His conſequens eſt, ut actionum præjudicialium longè alia ſit natura, quàm earum, quæ aliàs ſimpliciter & abſolutè Actiones dicuntur; atque adeò non ſine cauſa factum eſſe, ut ab hiſce peculiari paragrapho diſtinctę ſint, tametſi rectius facturus fuiſſe Juſtinianus videbatur ſi omnimodò eas à titulo Inſtit. de actionib. removiſſet, quandoquidem propoſitum ipſi erat, agere de actionibus privatis, hoc eſt, rerum privatarum, quæ in hominum ſunt commercio, cujuſmodi actiones præjudiciales non ſunt, & præſertim actio liberalis, quæ popularis eſt, quod hic n. 2. conſiderandum eſſe monet doctiſſimus Hoto-

man-

mannus. Primùm enim hę actiones ſunt de ſtatu & conditione alicujus, quæ inhærent ipſi perſonæ, quod hîc n. 2. explicat Weſembec. actiones ceteræ ſunt de rebus, ſive perſonales ſint, ſive reales. Deinde, actiones regulariter expediebantur coram judice dato, præjudicia apud prætorem ipſum. Tertiò actionum natura illa non eſt, ut prę judicent liti futurę aut jam motæ, nec expectant aut metuunt litem futuram: ea eſt natura actionum præjudicialium. An verò, cùm ſumma & principalis actionum diviſio ſit illa, qua aliæ dicuntur in rem eſſe, alię in perſonam, §. omnium, Inſtit. de act. actiones etiam præjudiciales ſub eadem, & ſub qua ejus ſpecie cōtineantur, multum diſputant Interpretes, quod non mediocre eſſe dubium in d. §. præjudiciales, n. 6. ſcribit Zaſius. Etſi enim Juſtinianus ibidem dicat, eas videri in rem eſſe, ex eo tamen ipſo inferunt, cùm tales eſſe videantur, quòd tales non ſint, quippe quòd verbū *videntur* nota ſit improprietatis & fictionis, & expreſsè monet Zaſius n. 7. non eſſe exponendum, *videntur, id eſt, ſunt*. Nam ipſe quoq; Ulpianus præjudicia à rei vindicatione diſertis verbis ſeparat, in d. l. 1. §. 2. D. de rei vind. idemq; ſuadet ratio ita faciendum eſſe, quoniā actionibus præjudicialibus in controverſiam non deducuntur res, quarum ſit commercium, ut fit in actionibus realibus omnibus, vel, ut hic nu. 10. exponit præſtantiſſimus Juriſconſultus

Hugo Donellus, quem, poſteaquam hæc ſcripſiſſem, primùm vidi, quia in actionibus præjudicialibus non eſt res, quę reſtitui debeat, aut de qua reſtituenda agatur, quod tamen contrà fit in omnibus in rē actionibus, quę propriè tales ſunt, l. officium 9. l. qui reſtituere, 68. D. de rei vind. l. ſi fundus, 16. §. in vindicatione, D. de pignor. Videntur autem in rem eſſe ob ſimilitudinē, quia, ut tradit Weſ. ſtatus petitur, quaſi ſuus, & adverſus quemcunq; ratione poſſeſſionis in contrarium uſurpatæ intentantur, ſeq; actor velut dominum iuris, quod aſſerit, puta liberum, ingenuum, &c. pronūciari petit, quod idem ſuprà dicto loco ſcripſit Donellus. Atque hoc eſt certiſſimū. Ex quo relinquitur, ut actiones hæ perſonales ſint: quod tamen & ipſum negant interpretes omnes, ſed malè. Utuntur duobus ad hoc argumentis: unum eſt, has actiones non dari ex contractu vel ex delicto, ex quorum alterutro, actionem, in perſonam quę ſit, oriri neceſſe ſit: & alterum, non intendi hìc, quid dari aut fieri oportere, quæ formula ſit actionum in perſonam. Sed utrunque illud argumentum vitio laborat eodem; quod profectum eſt ex nimis anguſta actionum perſonalium conſideratione. Nam ut verum ſit, ut eſt, actiones in perſonam dari ex delicto vel ex contractu, item earum formulā eſſe iſtiuſmodi, minimè tamē Interpretibus concedendum eſt, nullam eſſe actionem in perſonam aliam, quàm

quàm eam quæ ex contractu vel delicto ſit, & cujus formula ſit iſtiuſmodi. Ut enim in jure perſonarũ conſideratio duplex eſt, una in obligatione, quę cauſatur ex conventione & ex delicto, altera in poteſtate, ita duo etiam hi fontes ſunt, nõ tantùm unicus ille quem Interpretes conſiderant, ex quibus actio in perſonam profluat. Nec verum eſt, omnibus omninò actionibus in perſonã intendi quid fieri aut dari oportere, ſed præterquam quod per actiones in perſonam actor intendit adverſarium ei dare aut facere oportere. Sunt & quidam modi alii, quibus ſi agamus, licèt non formula iſta, nihilominus in perſonã agere dicemur, quod Juſtinianus in d. §. omnium, diſertis verbis docet, & capite inſequenti pluribus confirmabitur. Aſſumtio igitur utriuſq; illius argumenti vera quidem eſt, ſed propoſitio univerſaliter prolata falſa. Sed & paragraphorum ſub titulo Inſt. de actionibus collocatorum ſeries oſtendit actiones prejudiciales potius perſonales eſſe, quoniam ſi ad reales propius accederent, illis potius ſubjici debuiſſent, aut certè perſonales antè explicari, atq; tum reales ſubjici, ut omnia juſto atq; legitimo ordine ſibi conſtitiſſent. Accedit, quòd hæ actiones ſunt & dantur de ſtatu ſeu conditione hominis, quæ perſonæ cohæret, non rei, ut abſurdum foret dicere in illis actionem intentari in rem, quam tamen à perſonis cõſtat remotiorem eſſe, quàm

ab obligatione, quam obligationem Interpretes etiam inter rerum vincula retulerunt, neq; tamen unquam dubitarunt, quin actiones ex obligatione proficiſcentes in perſonam ſint, non in rem. Atq; hinc eſt, ut cùm quæritur: Uter in actionibus præjudicialibus actoris & rei perſonam ſuſtineat, attendendum ſit, ſecundũ cujus intentionem formula concipiatur, ut is actoris partes ſuſtineat, Rei autem partes ille, ſecundum cujus intentionẽ formula non concipitur, l. generaliter, 12. D. de exception. quod ipſum, meo quidem judicio, ſatis arguit in perſonam agi, cum alioquin ſi in rem eſſet actio, vel in rem ſcripta, Reus certus ſit futurus, à quo res iſta petatur, cujus rei explicatio ulterior peti poteſt ex Cujac. lib. 18. obſerv. c. 33. & Hotoman. in d. §. præjudiciales, n. 11. Et verò in perſonam queſtionum prejudicialium formulam concipi ſolitam, atq; adeò perſonales illas eſſe, ſatis luculenter Juſtinianus ipſe docuit in d. §. præjudiciales, cùm dixit, præjudiciales actiones eſſe, per quas queritur, an *aliquis* liber, an libertus ſit, vel de partu agnôſcendo. Ceterum de ſpeciebus actionum prejudicialium dicendi locus eſt alius.

Examinantur deſcriptiones actionum perſonalium, quas retulit Ulp. in l. actionum 25. D. de obl. & act. & Juſtin. in §. omnium, Inſtit. de act.

Cap.

CAP. IV.

PRęcedés caput admonet, ut cujuſmodi ſint illæ actionis perſonalis deſcriptiones, quarum unam retulit Ulp. in l. actionum 25. D. de obl. & act. & alteram Juſtinian. in §. omnium, Inſtit. de act. paucis excutiamus, ſi prius notavero actiones perſonales digniores, ſed reales firmiores aut pleniores cenſeri, per tradita à Dd. in rubr. D. de reb. cred. ſi cert. pet. Benincaſ. in præfat. in tit. Inſtit. de act. n. 162. Gomez. in d. §. omnium, n. 15. Dec. in l. plus cautionis, D. de reg. jur. Dicuntur eædem actiones in perſonã, vel, ut nonnullis locis, in perſona, ex eo, quòd etſi illæ occaſione rei alicujus, præſertim ſi ex obligatione conventionis agatur, concedantur, tamen principaliter ipſam perſonam reſpiciant, atq; in illam dirigantur, ubi ubi & apud quemcunq; etiam res illa ſit, & perſonæ iſtius obligationem, aut jus aliquod aliud ipſi cohærens, l. 1. §. ſi heres, D. ad Senatuſc. Trebell. l. fin. §. fin. D. de contrah. emt. gl. in l. quis ergo, D. de pecul. Actiones autem perſonales ita definit, ſeu deſcribit potius Ulpianus in d. l. actionum, ut ſint, quibus cum eo agimus, qui obligatus eſt nobis ad faciendum aliquid, vel dandum, & ſemper adverſus eundem locum habet. Quam deſcriptionem hucuſq; animadverti ab omnibus ita comprobatam eſſe, ut contradictorem non habuerit: & ſanè ut vera ſit, tamen univerſum omnium actionum perſonaliũ am-

bitum mihi intuenti anguſtior eſſe videtur, & imperfectior, quippe ſub qua actiones perſonales omnes non contineantur. Quod ut intelligatur, ſciendum eſt, jus perſonarum duobus quaſi limitibus circumſcriptum eſſe, Poteſtate videlicet & Obligatione. Neq; verò dubium eſt, quin actiones in perſonam, vi juris illius, quod in perſonis ſpectatur, dentur atque competant. Poteſtatē autem unam eſſe de his, in quibus jus perſonarum ſpectetur, tam in confeſſo eſt, ut vel ad hanc ſolam Interpretes jus perſonarum adſtrinxerint: ſed malè, cùm obligationes etiam perſonarum eſſe, non rerum, vel ſola actionum perſonalium natura, ut jam integrum illum & ampliſſimum de Obligationibus tractatum prætercam, ipſos docere potuerit. Poteſtas itaq; & Obligatio duæ ſunt actionum perſonalium cauſæ, idq; de obligatione concedunt omnes, & expreſſus eſt in d. l. actionum, & in d. §. omnium ad eam rem textus. Cur idem de poteſtate affirmare veriti fuerint, capite ſuperiori dictum eſt, ſed ſimul ibi demonſtratum, argumenta, quibus inducti ita ſtatuerunt, tanti momenti non eſſe, ut à principiis juris deflectere debuerint. Sanè ſi poteſtatis vim atq; naturā propius intueri volent, oppidò reperiēt, actiones perſonales multò magis ex poteſtate, quàm ex obligatione deducendas fuiſſe. Poteſtas enim à rebus omninò pura & immunis eſt, atq; in doctrina de poteſtate

ſtate inquiritur potius de qualitate perſonæ, puta de ſtatu ejus, de conditione ejus & ſimilibus, nihil omninò de rebus: at obligatio, ut maximè perſonas vinciat, atq; ad eas principaliter pertineat, ut plurimùm tamen rebus eſt immixta, quas cum perſonis ipſa quaſi conjungat. Quare actiones perſonales, ſi cauſa ſua definire volebat Ulpianus, definiendæ ipſi erant, non obligatione duntaxat, ſed poteſtate etiam, quod ipſum nõ ignoraſſe omninò exiſtimo, verùm cùm illa ſcriberet, fortaſſis non tã accuratè attendiſſe, eò quòd actiones perſonales ex obligatione proficiſcẽtes in judiciis magis frequentari animadverterat, quod in multis etiã aliis juris articulis factum eſſe, ut ex his quę frequentius fierent regulæ & definitiones conſtituerentur, exempla in medium afferri poſſent fermè innumera. Eandem eſſe actionum perſonalium deſcriptionem à Juſtiniano allatam cum illa Ulpiani vulgò opinãtur. Et ſanè ſi vulgatam Doctorum interpretationem, quam Juſtiniano in d. §. omnium, adhibent, ſequamur, ita omninò eſt, indeq; fiet, ut eodem etiã laboret, quo illa, vitio. At mihi ab illis hìc alia eſt opinio. Actionum enim perſonalium deſcriptio Juſtinianéa mihi multò plenior eſſe videtur Ulpianéa, ita ut non ad actiones tantùm eas, quæ ex obligatione ſunt, reſtringenda, ſed ad eas etiã, quæ occaſione poteſtatis competunt, accommodanda eſſe videatur. In quam opinationem

tionem induxit me primùm ratio tradendi jura, quam in Inſtitutionibus abſq; omni dubio Juſtinianus accuratiorem ſecutus eſt, quàm in ceteris juris libris. Juriſconſulti enim, ex quorum commentariis, & Imperatores, ex quorũ conſtitutionibus hoc jus noſtrũ mandato Juſtiniani deſcriptum eſt, quid mirum ſi in definiendis rebus accurationem majorem non adhibuerũt, atq; fortaſſe rebus forenſibus nimis occupati ne adhibere quidem potuerũt, quod in ipſis quidem tolerandũ fortaſſe ſit, in ſcholaſticis non æquè. Nam & aliâs traditum eſt, definitiones in jure periculoſas eſſe, parumq; abeſſe, quin ſubverti poſſint, l. omnis definitio, 202. D. de verb. ſign. Ita igitur ſentio, Juſtinianum definiiſſe actiones perſonales omnes; idem ſentiunt & alii: probo & hoc, quòd actiones, quæ ex obligatione oriuntur, omnes perſonales eſſe affirmant; ſi ſolas illas, nego. Nam non ex obligatione tantùm, ſed ex poteſtate etiam deducendę fuerant. Utrumq; hunc fontem monſtravit hic Juſtinianus: & obligationem quidem verbis diſertis, cum ait, *aut cum eo, qui ei obligatus eſt*: poteſtatem verò verbis, ut loquuntur, implicitis, cùm ait, *& aliis quibuſdam modis*. In priori, inquam, convenit mihi cum interpretibus omnibus, in poſteriori, ne cum uno quidem. Verba enim illa, *& aliis quibuſdam modis*, longè aliter, quàm huc uſq; factum ſit, exponenda eſſe arbitror. Sanè Beninca-

hincaſio ibid.nu.348.videntur obſcura eſſe, & profectò ita eſt,ut cùm per ſe obſcura ſint,tum verò multò obſcuriora facta ſint per interpretes. Accurſius more ſolito expoſitiones plures affert, in effectu tamē eam probare videtur, ut modos illos alios interpretemur Contractus quaſi & delicta quaſi,ut ſenſus ſit,actiones perſonales dari nō ex contractibus duntaxat & maleficiis veris,ſed etiam quaſi,quod verum quidem eſt, ſed interpretatio, licet eam amplectātur cōmuniter omnes, ut teſtatur Gomez. hìc n.26.& Nicaſ.n.7. vera non eſt,eamq; Eguinarius Baro hic refellit rectè ex ſufficienti partiū enumeratione.Verùm alii nihilo felicius hunc locum exponunt.Hotoman.hìc n.33. verbis illis ſignificari putat eas formulas actionum perſonalium, quibus non dare aut facere, ſed tradere aut reddere, aut reſtituere aliquid intendimus,ut in actione Depoſiti,Commodati,Pignoratitia, & ejuſmodi aliis. Cujac. in utriſq; notis ſuis ad hunc locum, & in l. 9. verb. cùm autem, D. quod met. cauſ. quem hìc ſequitur Weſembec. verba iſta referri mavult ad actiones in rem ſcriptas, quibus non intendimus, adverſarium dare aut facere oportere, ſiquidē illæ non in perſonam, ſed in rem generaliter concipiantur, cujuſmodi eſt actio ad exhibendum,actio quod metus cauſa,interdicta.Coraſius ibid.n.9.& hanc & ſuperiorem interpretationem conjungit.Verùm interdicta,ut ab his inci-

incipiam, ad actiones reales potiùs, quàm perſonales referẽda ſunt, ut demonſtrabitur à me alibi: actiones ceteræ, ut maximè in rem ſint conceptæ, principaliter tamẽ perſonam reſpiciunt, & ſub generali vocabulo *faciendi* continentur. Quid enim aliud eſt exhibere, quàm facere? quid aliud reſtituere? quid aliud tradere? quid aliud reddere? Alios igitur quàm hos modos ſupereſſe neceſſe eſt. Qui verò illi? Zaſius hìc nu.8. eumq; ſecutus Mynſ. nu.5. intelligendos eſſe putant omnes eos, qui non competunt vel ad dandum, vel ad faciendũ, & prout controverſiæ varios habent ſtatus, ità varios eſſe cauſarum figuras, per l.1.D. de oblig. & act. Quod quidem ita in genere verum eſt, ſed in ſpecie non ſatis rectè explicant. Exempla enim, quæ afferunt, nihilominus, atq; illa quæ ſuprà ſunt allata, ſub faciendo, cui opponitur non facere, comprehenduntur, ut ne ſic quidẽ Commentatorum fatigationes ſint ſedatæ, quod putavit Mynſingerus. Sin autem dicamus, verbis iſtis intelligi actiones alio jure, quàm obligationis competentes, jure nimirum poteſtatis, omnis quidem meo judicio controverſia ſublata eſt. Hoc ut ita exiſtimem verũ eſſe, movet me primùm, quod aliâs imperfectior erit hæc actionum deſcriptio, quę interpretatione illa conſtituetur perfecta: deinde, quòd Juſtinianus non ait *aut aliis*, ſed copulativè *& aliis*, quaſi dicat, agere aliquẽ actione perſonali cum

eo,

eo, qui obligatus eſt, & non cum eo tantùm, qui obligatus eſt, ſed & aliis quibuſdam modis, id eſt, formulis aliis, à formula illa, *ſi patet adverſarium dare facere oportere*, diverſis, & aliis nimirum illis, per quas quæratur, an aliquis liber, an libertus ſit, vel de partu agnoſcendo, ut eas expreſſit ipſe Juſtinianus in §. prejudiciales. Inſtit. de actio. Alia namq; formula eſt ſive modus alius actionis perſonalis ex obligatione, quem in d. §. omniū, refert, alius actionis perſonalis ex poteſtate, quem in d. §. prejudiciales, notat Juſtinianus, quo tamen non minus atq; illo agatur in perſonā, vel de jure quod in perſona fit. Atq; inde eſt, quod Juſtinianus in §. appellamus, Inſtit. de action. actiones perſonales nō omnes in genere dicit appellari Condictiones, ſed eas, quæ ita appellantur, reſtringit ad has, quibus dare facere oportere intenditur: qua ſanè reſtrictione opus nō fuiſſet, niſi idem etiam ipſe Juſtinianus ſenſiſſet, eſſe præter illas actiones quaſdā perſonales, in quibus formula iſta non uſurparetur, quemadmodum in actionibus realibus, quæ una voce Vindicationes dicuntur, ejuſmodi nullam reſtrictionem factam eſſe videmus. Quare ita de actione perſonali conſtituamus, quòd ſit actio, quæ perſonæ cohæret, eamq; ubi ubi eſt conſectatur. Ut autem actio illa perſonæ cohæreat, neceſſe eſt, ejus eſſe cauſam aliquam. Ea cauſa eſt in perſonis ipſis, ſeu in ipſarum jure. Prout enim aliud

&

& aliud perſonarum jus eſt, ita & actio perſonalis, licet in genere una ſit, in ſpecie tamẽ alia atq; alia erit. Jus autem perſonarum, ut dixi, in poteſtate eſt, & obligatione. Hinc ſi cui actionem perſonalem cauſis ſuis deſcribere libeat, ſuprà dictæ definitioni addat hæc verba, *quæ perſona vi poteſtatis aut obligationis cohæret.*

Inquiritur de duobus difficilibus locis, qui occurrunt in §. æquè ſi agat quis, Inſtit. de actionibus.

CAP. V.

SUnt in eodem titulo Inſtit. de actionib. duo loci perquàm difficiles in §. æquè ſi agat quis, de quorum intellectu vero hic aliquantò accuratius inquirere placuit. Prior eſt in verbis iſtis, *veluti, ſi quis agat, jus ſibi eſſe altius ædes ſuas tollendi.* poſterior in illis, *Quod genus actionis in controverſiis rerum corporalium*. & quæ ibi ſequuntur uſq; ad finem paragraphi illius. Quod ad priorẽ attinet, Interpretes vulgò exiſtimant ex verbis iſtis nodũ oriri inexplicabilem. Cùm enim naturalis libertatis jure liceat unicuique ædificare, tollereq; etiam in infinitium, l. cujus 24. D. de ſevitut. urban. præd. l. altius, C. de ſervitut. & aqua, Juſtinianus & ociosè & ridiculè actionem in rem prodere videtur de ſervitute quæ tamen non ſit. Et magis auget difficultatẽ, quòd paulò pòſt ait, actionem, qua intendo tibi jus non eſſe altiùs tollendi, eſſe negativam, cùm tamen certum ſit, qui hoc modo agit, vindicare ſibi ſervitutem altiùs non tollendi præ-

dio

dio ſuo debitam, quæ natura eſt actionis Confeſſoriæ. Accurſius, cùm hoc animadverteret, ſcripſit actionem, qua quis intendit ſibi jus eſſe altiùs tollendi, eſſe Negatoriam, & rurſus actionem, qua quis intendit adverſario ſuo non eſſe jus altiùs tollendi, eſſe Confeſſoriam, ideoq; hanc alieno loco poſitam eſſe inter exempla actionis negatoriæ, & illam alieno loco inter exempla actionis confeſſoriæ: & jus altiùs tollendi interpretatur Accurſius in eo caſu, ſi eras in quaſi poſſeſſione ſervitutis domus meę, ne mihi liceret altiùs tollere, ut ſi velim ædificare, agam actione negatoria, per l. ſi fortè 6. §. 1. D. ſi ſervit. vindic. Etſi enim verba affirmativa ſint, actionem tamen vi ipſa intentari negativè, eò quòd domum meam tuæ domui ſervitutem debere nego, & per conſequens jure naturali licere mihi altiùs tollere, aſſero. Verùm hanc Accurſii interpretationem pleriq; rejecerunt omnes, ſecuti ſententiam Johan. Fabri. Hic enim cùm videret libertatem ædificandi altiùs non eſſe perpetuam, ſed illam in civitatibus benè conſtitutis nonnunquam ſtatuto inhiberi, puta, ne ædes ultra viginti ulnas invito & contradicente vicino tollantur, exiſtimavit, hoc caſu rectè agi poſſe Confeſſoria altiùs tollẽdi, ſi fortè vicinus ędificare permiſerit, eamq; interpretationẽ confirmavit tribus juris textibus, l. qui luminibus, 11. D. de ſervit. urb. præd. l. 1. C. de ſervitut. & aq. & l. 1. C. de ædific. privat.

quam diligenter expoſuit & ſecutus eſt poſt alios Eguinar. Baro in §. prædiorum, Inſtitut. de ſervit. & Donellus poſt hæc ſcripta à me viſus in d. §. æquè, n. 12. verſ. quando igitur hæc accidunt. & ab Jaſonis impugnatione defendit Zaſius in intellect. ſuis ſingul. & Ludov. Gomez. in d. §. æquè. At reſtringendo hanc rem ad jus municipale, præter Jaſonem rectè animadvertit Coraſ. in l. 1. D. de ſervitut. & lib. 3. Miſcellan. cap. 24. violari & miſerè conſtringi legumlatorum verba, quos de ſtatutis locorum particularibus cogitaſſe veroſimile nõ eſt, cumprimis in hoc juris compendio quo generalia magis traduntur, componendo, eamq; Fabri ſententiam d. §. æquè, nequaquam convenire pluribus confirmavit Bern. Walther. lib. 1. Miſcellan. cap. 4. Jaſon omnem difficultatem ſublatam arbitratur, ſi, quod in textu dicitur, *ades ſuas*, interpretemur, *ades vicini*, quod ipſum etiam Gomezio diſplicet, & verum non eſſe probatur textu d. §. prædiorum, & l. hæc autem jura, 6. D. de ſervitut. urban. prædior. Gomezius nihilo felicius hãc rem expedivit. Quod enim aſſumit, in jure non eſſe infrequens, ut exempla alieno loco ponantur, quod in d. §. æquè factum ſit à Juſtiniano, hoc illud ipſum eſt, de quo quæritur, an Juſtinianus illud hoc loco fecerit néc ne, & verò ipſum nõ feciſſe veroſimilius eſt, præſertim quòd expreſsè ſubjungat, actionem altiùs non tollendi negativam eſſe.

Wal-

Digitized by Google

Waltherus d. cap. 4. ſtatuit Juſtinianum non hoc agere, ut actiones confeſſorias à negatoriis diſtinguat, ſed ipſum ſine ullo diſcrimine confeſſoriæ negatoriæq; actionis primùm affirmativa, deinde negativa utriuſq; actionis exempla recenſere, aliudq; eſſe dicere actionem negativam, aliud negatoriam, ac ſi actio altiùs non tollendi negativa quidem ſit, ſed non negatoria. Sed hoc affirmare ut novum, ita falſum eſt. Præterquam enim quòd actionem negatoriam à negativa diſtinguere commentitium eſt, juris etiam textui in l. utifrui 5. D. ſi uſufr. petet. in quo negativa actio abſque omni controverſia nulla eſt alia, quàm negatoria, adverſatur, neq; erat ut Waltherus ad illud ſuum vel pręceptoris ſui commentum comprobandum afferret, l. 2. D. ſi ſervit. vindic. quoniam actio quidem illa quę ibi confeſſorię opponitur, negatoria dicitur, ſed quin eadem negativa dici poſſit, ibidem non negatur: & nimium aſſumit ſibi Walther. quòd *proprie* actionem illam negatoriam dici ſcribit, cùm vox illa in textu non reperiatur, nec ullus alius juris locus ſit, ex quo illam negatoriam propriè, negativam impropriè dici probari poſſit, ut prætercam Gomezium eo ipſo à Walthero refutatum eſſe, quòd Juſtinianus expreſsè ſubjungat, actionem altiùs non tollendi negativam eſſe, quam niſi de negatoria accipiat, refutatio iſta ſibi ipſi non conſtabit. Franc. Balduinus caſum in d. §. æquè,

ita poni mavult, ut ſi antea ſervitutem ædes altiùs non tollendi tibi conſtituiſſem, eamq; ſervitutem mihi remiſiſſes, ea remiſſione novum jus mihi quæſitum eſſe intelligatur, ut nimirũ vi ac poteſtate illius, ſi velim, altiùs mihi tollere liceat, de quo jure, utpote remiſſione illa nova mihi ſervitute conſtituta confeſſoria detur, ſi quis altiùs tollentẽ me prohibeat. A qua ſententia non videtur alienus eſſe Fr Hotoman. qui eandem confirmat textu l. ſi domus, 21 D. de ſervitut. urban. præd. & l. ſi mihi 20. D. de ſervitut. ruſt. præd. Sed ne hoc quidem modo difficultas illa mihi ſublata videtur, quoniam remiſſa ſervitute altiùs non tollendi, non conſtituitur protinus nova ſervitus altiùs tollendi, ſed naturalis illa altiùs tollendi libertas, quæ prius fuit, redit. Servitute enim remiſſa libertas priſtina altiùs tollendi impedimento ſublato quaſi reviviſcit, quæ erat quaſi defuncta, propter ſervitutem altiùs ædes non tollendi prius conſtitutam, ſicut de ſervo manumiſſo ait Accurſ. in l. manumiſſiones, D. de juſt. & jure, quòd manumiſſione nova libertas ipſi non obveniat, ſed vetus, qua illi jure naturali frui licebat, detegatur. Neq; verò lex ulla eſt, in qua dicatur, eo caſu jus altiùs tollendi, ut ſervitutẽ de novo conſtitutam eſſe, quin potius ſervitute ſublata libertatẽ præſtari diſertè docet Paulus JC. in l. 4. in fine, D. de Uſucapion. Loquitur enim eo loco Paulus de eo, qui, cùm ſervi-

tutem

tutem deberet altiùs non tollendi, tamen per legitimum uſucapiendi tempus altiùs ædificatum habuerat, eoq́; caſu cùm libertas vetus redeat, quid impedit, quò minus pacto vel ſtipulatione aut ejuſmodi aliquo actu ſervitute priori ſublata, reſtituatur libertas priſtina? præſertim cùm ipſi etiam Juriſconſulti ita ſenſerint, atq; in his Ulpianus in l. 4. §. competit, D ſi ſervit. vindic. & African. in l. ſi priuſquam 15 D. de oper. nov. nunci. Et verò fatentur Interpretes, ſi hoc caſu agatur, libertatem vindicari, non ſervitutem, quod tamen ſecus fieret, ſi remiſſa ſervitute altiùs non tollendi, conſtituta eſſet ſervitus nova altiùs tollendi. Atq. hæc etiã ratio Coraſium impulit, ut ab illa ſententia quã ſe etiam aliquando ſecutum eſſe fatetur ad d. l. 1. nu. 14. receſſerit, atq; qui hanc amplecterentur, non minus atq; priores illos in eodem luto hærere dixerit in d. c. 24. Ex quo ipſe aliter diſtinguendum putavit. Scribit enim regulariter cuiq; liberum eſſe ædes ſuas altiùs tollere, idq́ue cùm naturale ſit, leges etiam permiſiſſe cuiq., dicta lege cujus, & dicta lege altiùs: at eaſdem leges caſus quoſdam expreſſiſſe, quibus id non liceat invito adverſario, liceat ſi facultatem illam à vicino ſuo quæſiverit, quomodo non jure ſuo ſeu libertatis, ſed jure ſervitutis altiùs tollere poſſit: atq; ita altiùs quem tollere poſſe vel jure ſuo ſeu jure libertatis, vel jure ſervitutis; eoq́; caſu, quo jure ſervitutis al-

tiùs tollit, confeſſoria rectè agi, de quo intelligendus ſit Juſtinianus. Caſus autem, quibus jure ſervitutis quis altiùs tollat, quatuor recenſet Coraſius. Primus eſt, ſi quis velit ædificare juxta aream vicini, in qua frumenta conteruntur, & quidem ab ea parte, ex qua tantummodò area ventum habere poteſt, l. fi. §. fin. C. de ſervitut. & aqua. Alter eſt, ſi quis tollat altiùs obſcurando lumina vicini, nec tamen ullum inde ſentiat commodum, l. 1. §. denique, D. de aqu. & aqu. pluv. arcend. Tertius eſt, in herede, qui omninò vult obſcurare ædes legatas lumen penitus recludendo, l. Gaurus, 10. D. de ſervitut. urban. pręd. Quartus & quidem potiſſimus eſt, ſi ædificans excedat formam atq; ſtatum antiquorum ædificiorum, id eſt, modum uſitatæ altitudinis, l. qui luminibus, 11. D. de ſervitut. urban. prædior. l. 1. C. de ædific. privat. Hos quatuor eſſe caſus dicit Coraſius, quibus altiùs tollere liceat, non jure libertatis; ſed jure ſervitutis, ſi vicinus eam nobis conſtituerit. Quæ Coraſii interpretatio ipſius nomine diſſimulato, non diſplicet hîc Cujacio in utriſque notis ſuis, in caſu ſecundo & quarto; primum autem & tertium præterit, ſed conjungit illi interpretationem Balduini & Hotomanni ſupradictam, atq; ita utranq; iſtam, ſed eo, quo dixi, modo amplectitur. Sic enim in notis prioribus ait Cujacius: *Aut jure meo, aut jure ſervitutis altiùs tollo: jure meo* (id eſt, naturaliter) *ſi non*

vicino

Digitized by Google

vicino ceſſero jus mihi non eſſe altiùs tollendi: jure ſervitutis (id eſt, jure impoſititio, non naturali) *ſi vicino jam anteceſſero jus mihi non eſſe altiùs ædes tollendi, ut in l. egi tecum, D. de except. rei jud. l. ſi domus, D. de ſerv. urb. præd. l. ſi mihi, D. de ſervit. ruſt. præd.* Et in hoc quidem Cujacio convenit cũ Balduino & Hotomanno. Verùm, quod in unam partem peccavit Coraſius in totum ab hac ſententia recedens, id mihi Balduinus & ceteri peccaſſe videntur in partem alteram, id in totum ſequẽtes. Habet enim utraq; ſententia aliquid veri, ſi inter ſervitutem duntaxat remiſſam, & inter ſervitutem ceſſam diſtinguamus, quod ita oſtendo. Certum eſt aliud eſſe remiſſionem, aliud ceſſionem contrariæ ſervitutis; verbi cauſa ſi debeas mihi ſervitutem altiùs non tollendi, multum intereſt, illam ſervitutem tibi remittã, aut cedam tibi ſervitutem altiùs tollendi. Nam ſi remittã tantùm ſervitutem, fundo tuo libertas vetus quæritur, atq;, ut ita dicam, poſtliminio quaſi recuperatur, & hujus ſervitutis remiſſæ intuitu Coraſius ab illorum ſententia, mea quidem opinione, receſſit rectè. At ſi ceſſero tibi contrariam ſervitutẽ altiùs tollendi, non tantùm remiſſa intelligitur Servitus altiùs nõ tollendi: ſed præterea etiam acquiſita nova ſervitus altiùs tollendi; atque in hoc caſu vera eſt Balduini ceterorumq; opinio, ut actio detur confeſſoria. In remiſſione igitur tantùm continetur libertas à ſervitute; at in-

Digitized by Google

ceſſione, præter libertatem alia etiam & nova conſtituitur ſervitus; atq; hoc idem hîc annotavit eximius ille Weſemb. JCtorum Germaniæ verum decus,& rectè, multoq; explicatius, quàm alibi, tradidit Cuj. tract.9.ad Afr.in d.l.ſi priuſquam, in fine; quam diſtinctionem cùm Interpretes non animadverterent, factum eſt, ut ex hoc loco commodè ſeſe extricare nō potuerint. Pergit Cuja.in notis ſuis prioribus: *Jure meo*, inquiens, *ædes altiùs in immenſum tollere poſſum: jure ſervitutis, vel uſq; ad certam altitudinem, vel in infinitum; dum tamen inferior vicinus ne gravetur, l.cujus, D.de ſervit.urb.præd.* Ædificare igitur in genere & regulariter libertatis eſt naturalis: at ædificandi modus rectiſſimè ſervitute conſtringitur vel ampliatur. Subjicit Cujacius: *Jure meo ſi ædes ſublatas habeo, in earū refectione, antiquam formam ſervare non cogor: quòd ſi jure ſervitutis ſervare debeo formam antiquarum ædium, quas ipſe cùm depreſſas haberem, vicino conceſſa ſervitute, is mihi porrò conceſſit, ut altiùs tollerem: ergo, eiſdem fundamentis & eadē ſervata craſſitudine muri, eas reficere debeo, l. qui luminibus, l.ſervitutes.§.ſi ſublatum, D.de ſervit. urb.præd.* Quare ſi Cujacii & Coraſii ſententias cōjungamus, dicta diſtinctione adhibita, nihil equidem puto dici poſſe, quod ad hanc rem attinet, verius: verùm haud ſcio, an ut verè, ita etiam ſatis accōmodatè. Vix enim eſt, ut Juſtinianus in Inſtitutionibus illis ſuis, actionē ſibi jus

eſſe

Digitized by Google

eſſe altiùs tollendi, ad illos duntaxat caſus reſtringere voluerit, idq; eò minus, quòd exinde difficilis admodũ eſſet futura interpretatio actionis illius, qua quis intendit, adverſario jus non eſſe altiùs tollendi. Itaq; hanc rem accuratius mihi perpendenti immeritò interpretatio Accurſiana exploſa eſſe videtur, qua affirmatur, actionem, qua quis dicit, jus ſibi eſſe altiùs tollendi, exemplum eſſe actionis negatoriæ, & viciſſim actionẽ, qua quis intendit, adverſario jus non eſſe altiùs tollendi, exemplum eſſe cõfeſſoriæ; ac proinde temerè in controverſiam vocatum, quomodo Confeſſoria detur ob ſervitutem altiùs tollendi. Neq; enim verum eſt, quod vulgus interpretum ut verum aſſumit, Confeſſoriam affirmativis, & Negatoriam negativis verbis proponi. Quandoq; enim fit cõtrariũ. Unde interpretes meliores diſtinguunt, ut Confeſſorię & Negatorię quædam propriè tales ſint, quædam impropriè: propriè, quæ & verborũ figura, & vi ipſa ſint ejuſmodi: impropriè, quæ aliud verbis, aliud reipſa demõſtrent: quod omne hiſce exemplis eleganter declarat Cujac. in parat. D. ſi ſervit. vind. *Aliæ*, inquiens, *ſunt figura verborum confeſſoriæ, veluti jus eſſe ades altiùs tollere jure naturali, vi ipſa negatoriæ; aliæ vi & verbis confeſſoriæ, veluti jus eſſe ades altiùs tollere jure impoſititio. Rurſus aliæ negatoriæ ſunt figura verborũ, vi ipſa confeſſoriæ, veluti non eſſe jus altiùs tollere: aliæ negatoriæ tum verbis,*

quàm poteſtate, veluti jus non eſſe ire agere. Hæc Cujacius, ex quibus colligo, actionem confeſſoriam & negatoriam, quod ad altiùs vel non altiùs tollendum attinet, impropriè eſſe accipiendã; ita, ut quæ actio jus ſibi eſſe altiùs tollendi hìc ponitur inter confeſſorias, ea talis ſit verbis, at vi ipſa negatoria. Cùm enim dico, jus mihi eſſe altiùs tollere, non ſervitutem ſed libertatem vindico, ac proinde nego ædes meas tuis ſervitutem, quò minus eas tollam altiùs, debere. Et viciſſim, ut quę actio jus tibi non eſſe altiùs tollendi ponitur inter negatorias, ea talis quidem ſit, quo ad verba, at vi ipſa confeſſoria, ſeu, ut Weſembecii verbis utar, implicatam habens confeſſoriam. Cùm enim ago, tibi non licere ædes tuas altiùs tollere, eo ipſo aſſero, ædes tuas meis eam ſervitutem debere, quò minus eas me invito altiùs tollas. Atq; ita etiam ſentire Cujacium apparet ex d. tract. 9. ad Afr. ubi idem confirmat autoritate Theophili. Ceterùm quod de ſervitute altiùs non tollendi hactenus dictum eſt; id non eſt ipſi proprium, ſed commune aliis ſervitutibus omnibus, quæ in non faciendo conſiſtunt, ut in ſervitute tigni non immittendi, atq; in ejuſmodi aliis. Etſi verò ex his videri poſſit Tribonianum parum conſideratè actionem de altiùs tollendo vel non tollendo in hoc paragrapho admiſcuiſſe, quo nomine etiam ab Accurſio taxari videtur, putarim tamen Tribonianum defendi

ſendi poſſe, ex eo, quod negari non poteſt, illam cõfeſſoriam, hanc negatoriam eſſe, quamvis utraq; minus propriè. Satis enim nobis ad hoc fuerit in genere ita dici poſſe, propriè an impropriè nihil intereſt, quæ quæſtio ſpeciei magis eſt, maximè cùm Tribonianus videatur reſpexiſſe ad actionem, id eſt, ad formulam & conceptionem verborum, non ad vim ejus & poteſtatem: formula autem cum in illa affirmativis, in hac negativis verbis concepta ſit, illa confeſſoria, hæc negatoria videbatur, ad quod facit d. l. ſi priuſquam, & ibi Nicol. Ciſnerus fol. (mihi) 60. l. 1. D. de oper. novi nunciat. l. loci 4. §. fin. D. de ſervit. vind. Atq; de controverſia illius paragraphi priori hactenus: ſequitur poſterior, non minus, imò plus etiam, & quod ad verba & quod ad eorum ſenſum divexata; de qua antequam dicam, notandum eſſe putavi, in d. verſ. *quod genus actionis* duas notabiles poni differentias inter vindicationem rei corporalis & rei incorporalis: Una eſt quòd rei incorporalis vindicatio duplex eſt, Confeſſoria & Negatoria; rei autem corporalis vindicatio eſt unica. Negatoriæ enim actionis in controverſiis rerum corporalium genus proditum nõ eſt, ejusq; ratio manifeſta eſt. Nã in rei corporalis vindicatione quæritur de rei dominio, de quo actio negatoria inutiliter daretur, ſive intentans illã rem poſſideret, ſive non poſſideret. Poſſidens enim, ſi agat hoc modo: Ajo hãc rem

rem non eſſe tuã, formula illa nihil agenti proderit, ſed eo ipſo quod poſſidet, adverſario ſuo eſt ſuperior, agens verò repelletur exceptione, *Tu quod petis intus habes*, l. 1. C. de re judic. l. 1. §. penult. D. uti poſſid. Quò pertinet quod dicit Ulpian. in l. utifrui 5. D. ſi uſusfr. petet. de ſuo, non de alieno jure, quem agere oportere, hoc eſt: ut rem, quam petit, ſuam eſſe dicat, cauſamq; judicio probet, non ut eam adverſarii eſſe neget. Sanè ſi poſſidenti moleſtia in re fiat, complura ſunt ipſi de jure prodita remedia, quibus adverſarius moleſtiam faciens, repelli queat. Sed nec magis prodeſſet non poſſidenti. Si enim tu poſſideas, ego verò ita adverſus te agam, *rem tuam eſſe nego*, malè acturus ſim. Neque enim, ſi res tua nõ ſit, ex eo conſequens ſit, meam eſſe. Quod meum eſt, tuum non eſt: at non ſi quid tuum non eſt, id meũ eſt, cùm poſſit eſſe alicujus tertii, l. ſi inter 15. D. de except. rei jud. Ut igitur maximè probavero rem tuam non eſſe, poſſeſſione tamẽ mihi propterea cedere non cogeris, niſi ſimul illam meam eſſe probavero, l. fin. C. de rei vindic. In pari enim cauſa ait regula juris, poſſeſſoris cauſa potior eſt. At in cõtroverſiis ſervitutum, in quibus illa locum non habent, non eſt inutilis. Cùm enim ago negatoria, tibi jus non eſſe, ſufficit ſi de jure tuo probem, & ſatis eſt de jure tuo cauſam decidi, ut ea deciſione rei meæ libertas reſpectu tui aſſerta ſit. Verùm in hoc nulla eſt difficultas.

cultas. In altera autem differentia maximā difficultatē peperit unus ille caſus, cujus Juſtinianus paulò pòſt mentionem injicit. Differentia verò illa hæc eſt, quòd actiones de ſervitutibus non tantùm non poſſidenti, ſed poſſidenti etiam dantur: rei autem corporalis nomine nulla eſt actio in rem poſſeſſori, ſed tantùm in poſſeſſorem; non quidem quòd confeſſoria non poſſidenti, & negatoria poſſidenti detur, ut nonnulli ſenſiſſe videntur, ſed quòd utraq; tam poſſidenti, quàm non poſſidenti competere poſſit. Expedit enim ſępè poſſidenti, ut agat: in confeſſoria quidem, cum uſus poſſidentis à vicino interpellatur ad retinendā poſſeſſionem: tametſi aliquādo ſatius ſit, ut, qui poſſidet, non experiatur ultrò, ſed actionem ab adverſario potius excipiat propter onus probandi. Etſi enim confeſſoria agens ſervitutē quaſſi poſſideat, probare tamen debet, ſibi jus eſſe ſervitute uti, & poſſidere. Neq; enim ſi poſſideo, jure protinus poſſideo. Quare videat is, qui in poſſeſſione ſervitutis eſt, ut ipſius adverſarius, qui non eſt in quaſi poſſeſſione libertatis, agat negatoria, qui probet poſſeſſionem ſervitutis injuſtam eſſe, id eſt, violentam, clanculariam, vel precariam, vel remiſſam. Alioqui confeſſoria agens ſive poſſideat, ſive non poſſideat, ſemper ſervitutem ſeu jus, quod ſe habere prætendit, ab adverſa autē parte negatur, probare debet, non is qui agit negatoria, niſi eo caſu, quē modò

dò dixi, atq; item illo, ſi figura tantùm verborum ſit negatoria, non etiam vi ipſa, quoniam confeſſoriam hæc ſibi habet implicatam, atq; ita ſervitutis aſſertionem. In negatoria autem, etiam ei qui in poſſeſſione eſt libertatis, duplici ex cauſa expedit, ut agat: una, quòd cùm poſſeſſor ſit, libertatẽ probare neceſſe nõ habeat, quoniã omnis res libera eſſe præſumitur, quoad doceatur contrariũ; altera, quoniam is, qui ſe jus aliquod in re habere prætendit, jus illud probare cogitur. Atque ita fit, ut idem ſit petitor, idemq; poſſeſſor tam in confeſſoria, quàm in negatoria, l. etſi fortè 6. §. ſciendum, D. ſi ſervit. vind. non tamen in omni, ſed in ea tantùm, quæ in non faciendo conſiſtit. Nam in ea, quæ in patiendo eſt, id locum non habere d. §. ſciendum evincit, qui non ſimpliciter in ſervitutibus eundem & poſſeſſorem & petitorem eſſe juris affirmat, ſed *in his*, nempe de quibus agit. Agit autem de his, quæ in non faciendo conſiſtunt, cujuſmodi eſt ſervitus ne altiùs tollatur, ne luminibus officiatur. Diſtinguendæ ergò ſunt ſervitutes urbanæ à ruſticis, & urbanarum facienda eſt ea diſtinctio, ut aliæ conſiſtant in non faciendo, ut ne altiùs tollatur, ne luminibus officiatur: aliæ in patiendo, ut tigni immittendi, oneris ferendi, ſtillicidii, avertendi. In ſervitutibus ruſticis non tam poſſeſſionis habetur ratio, quia in illis poſſeſſio minùs apparet, & hæ ſervitutes non ſolùm poſſeſſione

non

Digitized by Google

non retinentur, ſed propriè loquēdo ne poſſidentur quidē, cùm ſint incorporales, quam ob cauſam etiam eas non uſucapi Juriſconſ. ait in l. 14. de ſervit. At in ſervitutibus urbanis ſecus eſt, quoniam eæ per ſuperficiem poſſeſſione retinentur, utputa ſervitus ſtillicidii per ſtillicidium averſum in aream tuam, tigni immittendi, per tignum immiſſum, luminum, per apertas feneſtras, &c. Ideoq; aptius in iis quæritur, utrum poſſeſſori dentur an non poſſeſſori earum nomine actiones: atq; tum adhibenda eſt diſtinctio illa ſervitutum, ut ſi in patiendo conſiſtant, ſeparata ſint jura poſſeſſoris à jure petitoris, aliusq; poſſeſſor ſit, alius petitor. Verbi gratia ſi tignum habeas immiſſum, poſſeſſor ſum ſervitutis, & poſſeſſione iſta tigni immiſſi cùm vincam, confeſſoria in vicinum non ago, ſed vicino Negatoria neceſſaria eſt, quia libertatem, eo ipſo quod tignum immiſſum eſt. non poſſidet: Si verò tignum immiſſum non ſit, vicinus meus poſſeſſor libertatis, nec indiget Negatoria, ſed ut mihi tignū immittere liceat, id Confeſſoria conſequar, l. 8. §. ſed ſi quæritur, D. ſi ſervit. vindic. Sin autem ſervitutes in non faciendo conſiſtant, is qui poſſeſſor eſt ſervitutis, nihilominus ejus poteſt eſſe petitor, puta, Debes mihi ſervitutem altiùs non tollendi: ſi nondum altiùs ſuſtuleris, ſum poſſeſſor ſervitutis, quam retineo per ſuperficiem: ſin autem altiùs tollere velis, & contra ſervitutem facere, neceſ-

neceſſaria mihi fuerit Confeſſoria, ut te ædificare impediam etiamſi poſſeſſor ſim ſervitutis. Niſi enim confeſſoria agam, teq; præveniam, poſſeſſionem ſervitutis amitto, quoniam in alieno nihil habeo, quo poſſeſſionem retineam. Et ut ſummatim dicam: Si ſit ſervitus, quæ in non faciendo conſiſtit, tunc ſive contra ſervitutem quippiam innovatum ſit, ſive non, idem petitor eſt & poſſeſſor: quòd ſi ſervitus ſit in patiendo, jura petitoris & poſſeſſoris ſeparata ſunt. Atq; hunc unum illum caſum eſſe, quem in latioribus Digeſtorum libris apparere Tribonianus affirmat, facilè crediderim, ſi caſus ille accipiendus eſſet in vindicatione rerum incorporalium, & niſi idem etiã eſſet in confeſſoria & negatoria, quæ de Uſufructu datur, ut textus eſt in l. pen. §. fin. D. ſi uſusfr. petet. Ceterùm ex hac inter vindicationem rerum corporalium & incorporalium differentia duplex in textu Juſtinianéo difficultas oboritur. Cùm enim dixiſſet Juſtinianus, in controverſiis rerum corporalium non eſſe proditum genus actionis negatoriæ per quam quis neget rem eſſe actoris, quoniam in his agat qui nõ poſſidet; ſubjicit, *Sanè uno caſu qui poſſidet nihilominus is actoris partes obtinet.* Ubi primùm quæritur, quid ſit illud, quod innuit, eſſe genus quoddam actionis, per quod quis neget rem eſſe actoris. Si enim rem actoris eſſe nego, præſupponitur, ut ſit àliquis, qui ea de re adverſus me agat, adverſus

verſus quẽ viciſſim mihi actio detur, qua rem petitam ipſius eſſe negem. Hoc cùm abſurdum eſſe videretur, quidam hoc intelligendum eſſe putarunt de actore, cui facultas quidem agendi eſt, neq; tamen agit: quod valde eſt infirmum. Opponit enim Juſtinianus inter ſe poſſidentẽ, & non poſſidentem. Non poſſidenti actionem dari affirmat adverſus poſſidentem: poſſidenti autem, adverſus quem non poſſidens agit, non dari viciſſim actionem, qua neget rem agentis eſſe. Eadem infirmitate laborat, quod aliquando credidit Franc. Hotomannus, pro *actoris* legendum eſſe *auctoris*, cùm lectio hæc divinatoria ſit, nec ullo vel manuſcripto vel edito exemplari confirmetur. Altera ipſius conjectura mihi multò eſt veroſimilior, ut nimirum hic locus accipiatur de formulis vindicationum, quæ non poſſidenti ſint proditæ, nullæ poſſidenti eo modo, ut dicat, At ego rem tuam eſſe nego, quæ Cujacio etiam hîc probari videtur. Hoc demonſtrat oppoſitio vindicationis rerũ corporalium & rerum incorporalium. Rerum incorporalium vindicatio duplex eſt, qua ſervitutes nobis vindicamus, aut adverſario deberi negamus. Cùm enim in his non de rebus ipſis, ſed de rerum juribus agatur, rectè negare poſſum tibi jus aliquod in re, quę mea eſt, competere, idq; ad eum effectum, ut res mea libera eſſe cenſeatur. At rerum corporalium vindicatio ſimplex eſt, nec ullus eius foret effectus, et-

G iamſi

iamſi rem tuam non eſſe probavero, ut ſuprà oſtenſum eſt. In hac igitur non aliter obtineo, quàm ſi rem meam eſſe probavero: in illa obtineo, ſi adverſus eũ, qui jus aliquod in re mea ſibi deberi aſſerit, probavero id jus ei non deberi, aut certè ſi ipſe aſſerens jus ſuum prætenſum non probaverit. Itaq; ſi agam negatoria, ſemper præſuppono actorem, hoc eſt, aſſerentem ſibi jus ſervitutis, etiamſi revera non agat, contra quem rei meę libertatem vindicem, etiamſi eam poſſideam, ut ne poſſeſſione excidam: at ſi rem corporalem poſſideo, ineptè egero, ſi dixero rem non eſſe actoris, id eſt, ejus qui dicit ſe rei dominum eſſe, quandoquidem poſſeſſio mihi pro dominio ſit, & actore non probante ſim abſolvendus. Deinde hìc à commẽtatoribus omnibus ſolicitè inquiritur, quis ſit unus ille caſus, quo qui poſſidet, nihilominus actoris partes obtineat, & cùm Juſtinianus ad latiores Digeſtorum libros nos remittat, in quo vel libro, vel titulo, vel lege, caſus ille quęrendus & inveniendus ſit. Hìc verò tot ferè ſunt ſententiæ quot ſunt capita, nec ſufficit varietatem eſſe in ſenſu, ſed præter illam etiam eſt in lectione. Vulgarem eſſe hanc lectionem, *ſanè uno caſu qui poſſidet, nihilominus is actoris partes obtinet*, concedunt omnes, ſtrenuè certè propugnant Anton. Cont. lib. 1. lect. cap. 1. Joan. Robert. lib. 1. recept. lect. c. 18. Ludov. Charond. lib. 3. veroſimil. cap. 2. & 3. & in notis ſuis

ad

Digitized by Google

ad hunc locum in Inſtitut. quam notam Pacius in ſuam etiam editionem retulit; veráne ſit, multi magni nominis Juriſconſulti dubitant, quidam omninò negant; & hi textum emendandum cenſuerunt, neque tamen illi eodem modo, ſed ex illis alii negationem addiderunt, alii affirmativam quidem retinuerunt, ſed ut ad ſenſum ſuum detorquerent illum, alia verba ſuppoſuerunt. Æmilius Ferretus primus, quod ſciam, autoritate libri cujuſdam manuſcripti negationem addidit, ut legeretur, *ſanè non uno caſu*, quem inſectatur Contius d. c. 1. defendit autem & ſequitur Hugo Donellus in commẽtario ſuo ad hunc locum, poſteaquam hęc ſcripſiſſem à me viſo, n. 35. aſſeverans aliter legi nec poſſe nec debere, quàm *ſanè non uno caſu*, aut, *ſed nec uno caſu*, ex quibus tamẽ illud optimum ſit, *ſanè non uno caſu*. Eandemq; negationem etiam idem Donellus intulit Theophilo, apud quem cùm hactenus lectum ſit ἐν ἑνὶ δὲ μόνῳ θέματι, ipſe pro ἐν repoſuit οὐκ. Eandem negativam placuiſſe Ant. Goveano lib. 1. lect. cap. 41. dicit hoc loco Weſembec. ſed Goveanum lectionem non hanc negativam, ſed vulgarem, ſecutum eſſe, ille ipſe locus d. c. 41. oſtendit, in quo diverſarum lectionum, nedum negativæ ne mentionem quidem facit. Affirmativam retinet Eguin. Baro, ſed pro *ſanè uno caſu*, legit *ſanè in hoc caſu*, quam lectionẽ ſibi placere dicit Cujacius hoc loco in notis prioribus, atq; melius

Digitized by Google

ita legi notavit hoc loco Criſpinus, & poſt eum Jul. Pacius. Hotomanno probabilior videtur hæc lectio, *ſanè illo caſu*, quam ſequitur Weſembecius, Gothifredus, & nuper in notis ſuis poſterioribus Cujacius. Idem Cujacius in notis ſuis prioribus non abhorruit ab hac lectione, *ſanè hoc uno caſu*, (quam etiam probavit Ludov. Vitalis lib. 2. lect. cap. 12. n. 2.) & præter has ibidem retulit duas alias, *ſanè in uno caſu*, *& ſanè unoq; caſu*, quas lectiones omnes Codicum autoritate confirmari teſtatur. Mihi certè à vulgari lectione, ut aliâs, ita hoc etiam loco recedere religio eſt, præſertim cùm plurium Codicum autoritate confirmetur, & ſimilis omninò apud eundem Juſtinianum ſit locutio in §. ſi finium, Inſtit. de offic. judic. & apud Theophilum etiam Græcum Inſtitutionum paraphraſten in omnibus exemplaribus conſtanter ita legatur, adeò ut hactenus illi, præter unicum Donellum, manus admovere ne unus quidem tentaverit. Ceterùm hanc lectionis varietatem fecit ſentẽtiarum varietas, de quibus, ut quam quiſq; amplexus eſt, ita textum vel retinuit, vel verba ad ſententiam illam torquere & accommodare conatus eſt. Nam, ne quid ad difficultatem deſit, ne in eo quidem inter commentatores convenit, utrum caſus ille de rerum corporalium an incorporalium vindicatione intelligendus ſit, & iterũ neq; in hac neq; in illa ſatis convenit, quouſq; & de qua ſpecie. Theophilus

Digitized by Google

philus caſum hunc poſuit in vindicatione rerum corporalium, ut, cùm regulariter illa non detur poſſidenti, unus tamen caſus ſit, quo detur: quis autem ille ſit, non explicat. Accurſius cùm de eo eſſet incertus, pro uno duos annotavit, uter autem huc pertineat in medio relinquit, unum nimirum in judiciis duplicibus, videlicet familię erciſcundę, communi dividundo, & finiũ regundorum, quem Dynus amplectitur, & poſt eũ Jaſon, atq; poſt hunc Schneid. n. 49. alterum in exceptione qualibet propoſita à reo poſſeſſore, in qua partes ſive onera actoris ipſe ſuſtineat. Sed dubios lectores Accurſ. ut accepit, ita dimittit, quæq; ab ipſo afferuntur, nec ſpeciem veri habere Donell. hìc n. 27. ſcribit, ut ne refutatione quidem illa digna eſſe cenſeat. Petrus de Bellapertica, Faber, Angelus & Zaſi. caſum illum unum, de quo Juſtinianus loquatur hunc eſſe exiſtimãt, ſi libertus, qui in poſſeſſione eſt ingenuitatis, cõveniatur, atque is in ſe probandi onus ſe ingenuum eſſe ultrò ſuſcipiat, per l circa 14. in fi. D. de probat. Quod probabiliter dici ſcribit Donell. n. 30. faceturq; exemplum ſæpè ſeſe moviſſe, ſed tamẽ re diligentius expenſa animadvertiſſe, totũ illud dici probabiliter & in ſpeciẽ magis, quàm verè. Ante Donel. Coraſ. lib. 3. Miſc. c. 23. exemplum hoc divinatoriũ eſſe, nec ad verba textus, qui de caſu proprio & in Digeſtis latius tractato loquatur, referri poſſe ſcribit. Placentinus

caſum iſtum aſſerit eſſe in actionibus præjudicialibus, quem ſecutus eſt Mynſingerus, nec diſplicuit omninò Coraſio. Quod ſi verum eſt, non ſatis cautè Juſtinianus, qui ad Digeſta, atq; illa quidem latiora nos remittat, cùm de actionibus præjudicialibus in his ipſis Inſtitutionibus, imò in hoc ipſo titulo in §. præjudiciales agat ex profeſſo, & Juſtin. videatur hîc loqui de ejuſmodi actione, quæ ultrò & principaliter, non incidenter aliis actionibus intentatis objiciatur, ſecundum l. fundum 16. D. de except. Atq; hoc cùm animadverteret ipſe Coraſius, veroſimilius illi eſſe videtur in d. §. æquè, & in d. cap. 23. Imperatorem de interdicto uti poſſidetis ſenſiſſe, in quo is qui poſſidet, actoris vices ſuſtinet, non autem de actione aliqua, idq; per l. 1. § fin. D. uti poſſid. quam ſententiam falſam & planè ineptam eſſe hoc loco, nu. 27. Donellus docuit, & mihi diſplicet. De interdictis enim peculiaris eſt titulus in Inſtitutionibus, ut ad latiores Digeſtorum libros nos remittere neceſſe non fuerit; & loquitur hoc loco Juſtinianus de actione, quæ ab interdicto diverſa eſt, quemadmodum etiam doctrina de actionibus & de interdictis, titulis ſuis diſtincta eſt. Videri etiam poſſit caſum hunc unicum repetendum eſſe, ex l. Papinianus 8. §. ſi filius, D. de inoff. teſtam. in qua dicitur filium exheredatum, etſi in poſſeſſione ſit hereditatis, ſi ſcriptus heres hereditatem petat in modum cõtradictionis,

Digitized by Google

nis, querelam de inofficioſo inducere, quemadmodum ageret, ſi nō poſſideret. Verùm cùm hoc caſu filius nō propriè agere videatur, rectè Goveanus d.cap.41.eum caſum hinc removendum eſſe exiſtimavit. Quam ob cauſam cùm recentioribus videretur hic caſus in actione de re corporali inſtituta locum habere non poſſe, communi ferè calculo in eam ſententiam conceſſerunt, ut ſit inquirendus in actionibus ſervitutum nomine competentibus; in quo tamē ipſo etiam illis inter ſeſe non ſatis convenit. Quidam enim indefinitè eum caſum accipiunt de controverſiis ſervitutum, atq; ita in confeſſoria & in negatoria, vuntq; Juſtinianum relegando nos ad latiores Digeſtorum libros reſpexiſſe titulum *ſi uſusfructus petetur*, & titulum, *ſi ſervitus vindicetur.* Juſtiniano enim in more poſitum eſſe, ut, cùm ad Pandectas ſeu Digeſta nos relegat, non legem aliquam aut caput unum, ſed ſemper titulum aliquem ſive librum intelligat, affirmat hoc loco Cujacius exemplo §.rurſus, Inſtit. de act. in quo relatio fiat ad tit. D. ex quib. cauſ. major. & §.item ſi de dote, Inſt. eod. in quo relatio fiat ad titulum D. de impenſ. in rem dotal. fact. & §.hæc exempli, Inſtit. de exception. in quo innuatur tit. D. de exception. & §.fi. Inſt. de publ. judic. in quo ſignificetur univerſus ille judiciorum publicorum tractatus, qui ſit in Digeſtis. Atq; de controverſiis ſervitutū caſum illum unum accipiendum

Digitized by Google

eſſe tam audacter ſentit Cujacius, ut in d.tract. 9.ad Afric.ad d.l.ſi priuſquam ſcribat, caſum alium, præter caſum ſervitutum quærendũ non eſſe, eumque apparere in Digeſtorum locis innumeris; nec receſſit ab hac ſententia in notis ſuis ad hunc locum poſterioribus, & ſequitur Ludov. Vital. d.c.12. Sunt qui caſum illum reſtringendum putent ad actionem negatoriam, ut qui poſſidet, ita agere poſſit, ut rem adverſarii eſſe neget, alioqui ſi ad res corporales reſpiciamus, nõ uno caſu receptum eſſe, ut qui poſſidet actoris partes ſuſtineat, & interdum actor ſit, ut hoc loco exponit Eguin. Baro, cui conſentit Fr. Hotom. qui idem confirmat per l.uti frui 5.§.fin.D.ſi uſusfr.petet.l.etſi fortè 6.§.1.D. ſi ſervit.vind.& Ant.Govean d.c.41.Atq; hanc Baronis ſententiam ſe ſecutum fatetur Anton. Contius lib.1.lect. cap.1. tandiu, quamdiu probabiliorem reperire non potuerit; poſtea verò, ut maximè crediderit caſum illum unum reperiri in actione negatoria indiſtinctè, animadvertiſſe ſeſe eum non reperiri in omni. Interdum enim negatoria agere eum, qui non poſſidet, puta, ſi, poſtquam ædificatum ſit, agam tibi jus non eſſe altiùs tollendi. Caſum autem illum unum idem Contius ſibi reperire viſus eſt in d.l.ſi priuſquam, in poſtrema legis parte, cujus ſenſus hic ſit, priuſquam ædificaſſem, agebam adverſus te Confeſſoria, jus mihi eſſe altiùs tollendi; te non defendente, judex

juſſit

juſſit cavere, nec novum opus nunciaturũ, nec ædificio obfuturum, priuſquam ultrò ageres, jus mihi non eſſe altiùs tollendi, atq; à judicio receſſum eſt: poſtea autem cùm intellexiſſes, me ædificare velle, & jam cum fabris agere, ultrò agere cepiſti negatoria jus mihi non eſſe altiùs tollere. Hoc caſu tu poſſeſſor es; tandiu eũ poſſides, quandiu ædificatum non eſt, nihilominus tamẽ de jure tuo, id eſt, prædii tui libertate probare debes, quod aliâs facere non debuiſſes, ſed in eo puniris ob contumaciam, qua prius non defendiſti cùm ageretur confeſſoria. Verùm Cujac. hanc Contii opinionem in d.l. ſi priuſquã, valde exagitat, negatq; eum, qui agit negatoria, poſſeſſorem eſſe; ſicut enim antea Reus erat, ſed poſtea Actor factus eſt, ita viciſſim ex poſſeſſore factus eſt nõ poſſeſſor. Agnoſcit quidem hìc, n.29. Donellus eum caſum, in quo, qui poſſidet, actoris partes obtinet: ſed non minùs & hoc accidere in iis caſibus, quos jam antè propoſuiſſet, adjicit, ut inde appareat, ne hunc quidem eſſe unũ caſum, in quo id accidat. Etſi verò Weſembecius d.l. ſi priuſquam, malè huc detortam ſcribat, vix tamẽ intelligas, quid ipſe revera ſenſerit. Interpretatur enim utranque lectionem & negativam & affirmativam, atq; id quidẽ ſatis obſcurè, tametſi ex eo, quòd lectionem illam *ſanè illo caſu*, quę Hotomanni eſt, non, ut ipſe ſcribit, Baronis, rectiorem eſſe exiſtimat, appareat ipſum Weſembe-

Digitized by Google

cium tùm quidem approbaſſe ſententiam Cujacii, à qua tamen receſſit in notis ſuis ad Commentarium Schneidwini hoc loco, n. 49. *placet*, inquiens, *magis exemplum ex l. officium 9. D. de rei vind. cùm dominus & poſſeſſor à depoſitario, commodatario, & ſimilibus, qui non poſſident quidem, attamen rem tenent, & reſtituendi facultatem habent, rem ſuam vindicat*, quod etiam exemplum ante Weſembecium videtur non diſplicuiſſe Fr. Balduino hic n. 20. & omninò probat Joh. Robert. lib. 1. lect. c. 18. atq; poſt illum Ludo. Charondas in notis ſuis ad Inſt. quem ſequitur ibid. Pacius JC. execellẽtiſſimus. Quicquid verò tandem ſit, recentiores JC. pleriq; omnes hunc caſum in cõtroverſiis ſervitutum ponunt, quod mihi, dicam ipſorum venia, non placet. Sum enim cum Theoph. & nonnullis aliis interpretibus, in ea ſententia, caſum unum, de quo Juſtinianus hic agat, de rei corporalis vindicatione accipiendum eſſe. Quod evincit primùm utriuſq; vindicationis antitheſis, ut vindicatio, quæ rei eſt corporalis, detur non poſſeſſori: quæ eſt rei incorporalis, detur poſſeſſori, atq; etiam non poſſeſſori; quod utrunq; cùm eſſet regulare, ſubjecit Juſtinianus exceptionem in vindicatione rei corporalis, ut in ea unus caſus ſit, quo etiam rei vindicatione inſtituta, is qui poſſidet nihilominus actoris partes obtineat. Quid enim, cùm de cõtroverſiis ſervitutum id regulare eſſet, opus erat dice-

re.

re, unum caſum eſſe, quo qui poſſidet, actoris partes obtineat? abſurdũ quippe fuerit, quam poſuiſti regulam, eandem mox ponere exceptionem. Neq; verò hoc loco de vindicatione quæſtio eſt in genere, quatenus ſub ſe utranq; vindicationem contineat, habeatq; nonnulla utriq; illi communia, ſed de vindicationibus in ſpecie, quomodo & quatenus illæ à ſe invicem ſint diſtinctæ. Sanè ſi in genere de illis dicere Juſtiniano fuiſſet propoſitũ, quod tamen ſecus eſſe ipſe textus ſatis oſtendit, non fuiſſet de nihilo, dicere, in illis caſum eſſe unum, quo qui poſſidet, agat, nimirum ſi controverſia incidat de ſervitutibus. Deinde ipſa textus ſeries hoc evidenter demonſtrat. Cùm enim Juſtinianus prius de ſervitutum vindicatione dixiſſet, opponit illi vindicationẽ rerum corporalium in eo, quòd hoc actionis genus (nimirum quod in controverſiis rerum corporalium proditum eſt,) æquè in controverſiis rerum corporalium proditum non eſſet, quod explicatur mox his verbis: *Nam in his* (intellige, in cõtroverſiis rerum corporalium) *is agit, qui non poſſidet, ei verò, qui poſſidet, non eſt actio prodita per quam neget rem actoris eſſe*; quibus exceptio protinus ſubjungitur, *ſanè uno caſu, &c.* de qua apparere debeat ex Digeſtis latioribus. Quòd ſi enim de vindicatione rerum incorporaliũ caſus ille intelligendus, fuiſſet ille utiq; mox ſubjciendus doctrinæ illi, quæ erat de vindicatione rerum

incor-

Digitized by Google

incorporalium, quod cùm Juſtinianus non fecerit, atq; ut feciſſet, ineptè exceptionē poſuiſſet, quæ eadem ferè linea poſita erat regula, ei omninò eſt conſequens, ut exceptio hæc ſive unus ille caſus ſit in vindicatione rerum corporalium. Quare prudenter quidem illi, qui legendum cenſuerunt: *Sanè illo caſu*, quaſi hæc verba referenda ſint, non ad caſum proximè pręcedentem, ſed ad caſum illum priorem, qui erat de ſervitutibus: ſed imprudenter in eo, quòd non animadverterunt, ſi caſus ille ad ſervitutum cōtroverſias referatur, illud ipſum de ſervitutibus dici exceptivè, quod dictum erat regulariter, & rurſus quod dictum erat diſtinctivè, id hoc modo rurſus confundi, inprimis verò, quod dicit Imperator, *nihilominus is actoris, &c.* Quod ſi ex me nunc quæras, quámnam ex ſententiis illorum, qui caſum hunc in vindicatione rerum corporalium intelligunt, maximè probem, ingenuè fateor, ea de re me valde dubitare. Facilius enim hìc dixeris, quis caſus ille non ſit, quàm quis ſit. Et ſanè ſi negativè legeretur cum Ferreto & Donello, omnis protinus difficultas ſublata eſt. Ex lectione affirmativa, quę etiam vulgata eſt, omnis eſt difficultas, & tamen propterea illa nō tam facilè abjicienda eſt. Iſtorum ſententia, qui caſum hunc ponendum cenſent in depoſitario, cōmodatario & ſimilibus perſonis, haud diſpliceret, niſi ex ea caſus qui hìc dicitur unus, conſtituerentur

plures.

Digitized by Google

plures. Non ignoro Robertum contendere caſum illum unum eſſe, qui quidẽ ſi multos complectatur, ut tamen illi omnes in unum reducantur, nimirũ in hunc, cùm quis ita poſſidet, ut ipſe tamen rei non inſiſtat, remq́; detineat; quòd in jure ſit uſitatiſſimum, unum ſimpliciter id dici, quod cùm in genere unum ſit, in alia tamen multa diducatur. Sed mihi iſta conciliatio per omnia non ſatisfacit. Semper enim manet illud, & fatetur Rober. caſus plures eſſe, aut certè ſi unus ille caſus eſt, unius illius caſus caſus eſſe plures, quod Juſtiniano non ſatis convenit. Sententiã Fabri, aliorumq́; qui eam amplectuntur, non improbarem, ſi de illo nobis eſſet ſermo, in cujus arbitrium conferretur, utrum actoris partes ſuſtinere velit nécne; quod tamen vix eſt, ut quiſquam credat, cùm malit quiſq; ut maximè juſtiſſimam cauſam foveat, onus probandi, propter dubiũ litis eventum, & quod probationes ſunt arbitrariæ, atq; adeò periculoſæ, in adverſarium transferre, nec pręſumatur quis ſe eo, quod neceſſarium non eſt, oneraturus eſſe. Adhuc igitur omniũ maximè placet, & placebit, donec de veriori edoctus fuero, ſententia Accurſii poſterior, ut dicamus caſum, cujus mentionem hìc facit Juſtinianus, intelligendum eſſe de eo, qui, cum adverſus ipſum, ut poſſeſſorem rei corporalis, inſtituta eſſet rei vindicatio, ejuſmodi aliquã exceptionem objecit, quę ut maximè actor dominus ſit

rei

rei petitæ, obſtare tamen poſſit, quò minus pro ipſo pronuncietur. Etſi enim aliâs actori incubuiſſet probatio, tamen cùm exceptio ejuſmodi objiciatur, quę ſi probata ſit, impediat actionem, exceptio illa à Reo omninò probanda fuerit, ut dominii probationem ab actore factam irrelevantem eſſe appareat. Dominium enim ut maximè probetur, probatio tamen irrelevans fuerit, atq; ita nullius ponderis, ſi exceptionem ſuam Reus probaverit. Meritò igitur Reus, niſi ſuccumbere velit, in ejuſmodi exceptione, actoris partes obtinebit, id eſt, etiamſi in poſſeſſione ſit, exceptionem tamen objectam probabit, haud ſecus atq; ſi in poſſeſſione non eſſet, ipſeq; ageret, quandoquidem niſi eam opponat, atq; probet, ſimplex poſſeſſio ei bono non fuerit, ſed pro actore dominium probante pronunciabitur. Hoc igitur vult Juſtinianus: Ei qui non poſſidet, opus eſſe actione in rem, ut rem obtineat; at poſſidenti actione illa opus non eſſe, quippe quod ſufficiat ei, ut ait Ulpianus in l. 1. §. interdictum, D. uti poſſid. quod poſſideat; at verò uno caſu fieri, ut licet quis poſſideat, neceſſariò tamen actoris partes obtineat, ſi modò in cauſa ſuperior eſſe velit, qui ex lectione Digeſtorum obſervari poſſit; illum autem caſum eſſe ejuſmodi, ut, cùm quis in poſſeſſione eſt & convenitur, certum autem ſit ipſum dominum non eſſe, actori objiciat ſe jure poſſidere, etiamſi do-

dominium

minium ipſius ſit actoris. Ut hoc credã, movet me inprimis, quòd Ulpian. in d. §. interdictum, diſtinctionem faciens inter interdictũ uti poſſidetis, & inter actionem, quod utrunq; prædis nomine datur, expreſsè affirmat, interdictum tueri poſſeſſoré fundi, id eſt, eum qui poſſidet experiri interdicto; at actionem nunquam dari ultrò poſſeſſori, quaſi dicat Ulpianus, eum qui poſſidet, non debere agere actione in rem, ſed interdicto potius retinendæ poſſeſſionis, quoniam hoc poſſeſſori detur, illa nunquam, ſi nimirum actionem quis ultrò intentare velit, ſecus ſi non ultrò. Hoc enim verbo, *ultrò*, quod fruſtra poſitum non eſt, Ulpianus limitat regulam illam, quemadmodum illam hoc loco limitat Juſtinianus, ut exiſtimem, quem hic unum caſum vocat Juſtinianus, eum Ulpianum exponere voce *ultrò*. Quid autẽ aliud eſt ultrò agere, quàm volens & ſponte ſua agere, ad judicium ipſe primus provocare, actioné principaliter intentare? & quid aliud, non ultrò agere, quàm invitus agere, reũ eſſe, atq; ſi obtinere velit, defendere ſeſe exceptionibus, per quas affirmãdo ipſe cùm principaliter reus eſſet, fiat actor, vel, ut Juſtin. loquitur, actoris partes obtineat, vel ut actor fiat: ſed non ultrò; atq; ita quidem actor fiat, non quidem, quòd propriè actor ſit, (quoniam non agit ultrò, ſed nolens) ſed quòd ſeſe defendendo illa agat, quæ aliâs actoris ſunt propria, id eſt, probandi onus in ſe

ſuſci-

ſuſcipiat,atq; illud etiam, niſi ſuccumbere malit,ſuſcipere cogatur. Hac ratione rectè dicitur uterq; &actor & reus agere,ſed ille volens,hic invitus;ille ultrò,hic non ultrò;ille propriè,hic non propriè ; ille agendo , ſed non probando, quod probare illi neceſſe non ſit;hic excipiendo ſimul , & exceptionem oppoſitam,haud ſecus atq; ſi ipſe eſſet actor,probãdo, ut niſi probet , ipſi ſit ſuccumbendum. Atq; hanc vocem *ultrò* , ut ſignificet ſua ſponte vel prior , ita frequenter uſurpari, præterquã, quòd proprietas vocis per ſeſe ſatis arguat , ipſæ etiam leges docent,ut in l.cùm quis 37.§.nuptura,D.de legat. 3.l.1.in fi.D.de uſur.l.3.D.de condic.cauſ.dati. l. 2.D.de lege Rhod. de jactu, l.ſi in emtione 34. §.item ſi emtor,Digeſt.de contrahen.emti.d.l. ſi priuſquam,15.D.de oper.novi nunci.idemq; locis infinitis aliis tam ex legibus,quàm ex oratoribus comprobavit Barn.Briſſ.in ſuo Lexico. Quomodo etiam doctiſſimus Cujacius vocem illam *ultrò* in d. §.interdictum accipiendam eſſe docet,lib.3.obſ.c.2.circa medium his verbis: *Ultrò autem,id eſt,prior,ut in l.1.§.interdictum, D.uti poſſid.* ACTIO, inquit, NUNQUAM ULTRO POSSESSORI DATUR, *id eſt, poſſeſſor nunquam prior agit. Prius enim expectare debet, ut ſecum agatur,quàm ipſe de jure ſuo experiatur. Livius lib.1. Latrones captum regi Amulio tradidiſſe,ultrò accuſantes;ultrò,id eſt,priores, cùm ipſi potius latrones accuſandi eſſent. Quod & in illo Terentii*

rentii

rentii loco, ſed his ultrò arrideo, Donatus adnotavit. Hęc rectiſſimè Cujacius, ex quibus colligo, unum illum caſum reperiri totidem locis in Digeſtis, quot locis probandi onus in actione reali incumbit Reo poſſeſſori, qui non ultrò, id eſt, non prior ad judicium provocavit, ſed conventus eſt, ut de jure ſuo experiri, non ultrò & ſpontè, ſed invitus experiri cogeretur; Juſtinianumq́; quaſi digitum in d. §. interdictum intendiſſe, in quo caſum illum unum eum eſſe dicit, SI NON ULTRO AGAT, qui caſus cum multis exemplis in Digeſtis declaratus ſit, non immeritò à Juſtiniano factum, quòd caſum illum unum ex latioribus Digeſtorum libris repetendũ eſſe exiſtimaverit. De multis illis pauca; & videtur unum eſſe in exceptione rei judicatæ vindicationi oppoſita, l. in exceptionibus 19. §. fin. D. de probat. item in exceptione legatarii, quòd defunctus rem alienam eſſe ſciverit, l. verius 21. D. eod. item in exceptione voluntatis mutatæ, l. eum qui 22. D. eod. item in exceptione donationis factæ ab eo, qui jus donandi habuit, l. ſive poſſidetis, C. de probat. item in exceptione dilatoria, l. in exception. 19. D. eod. item in exceptione ſcripturæ ſuſpectæ, l. jubemus, C. eod. & ejuſmodi multis aliis, quę in Digeſtis atq; etiam Codice hinc inde diſperſæ leguntur. Ad quod pluribus confirmandum, benè notandum eſt, quod Juſtinianus hìc non ait, *ſanè uno caſu, is qui poſſidet nihilominus eſt actor,*

Digitized by Google

ſed ita, *nihilominus is actoris partes obtinet.* Veriſſimum enim eſt, ſive rem ipſam ſpectes ſive verba, aliud eſſe actorem, & aliud actoris partes obtinere, quicquid etiam Cujacius ſentitat in d.l.ſi priuſquam, diſtinctionem iſtam exſibilans, ſed ſine ulla ratione. Actor enim is eſt, qui ad judicium prior provocavit: actoris autem partes in probando obtinere poteſt etiam is, qui ad judicium prior non provocaverit; quod tot locis comprobatur, quot dicitur Reus actoris partibus fungi. An enim ſi probandi onus Reo incumbat, ex Reo continuò factus eſt actor? an, ut ſimili hoc declaretur, emancipati & nati ex filia, quòd jura ſuorum nanciſcuntur, §. emancipati, Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. defer. propterea fiunt ſui? an ſoror uterina, item filius vel filia ſororis tam uterinæ quàm conſanguineæ quod jus agnatorũ conſequun- §.hoc autem addendum, Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ. ex eo Agnati protinus facti ſunt? Quid igitur eſt, ut actor ille eſſe dicatur, qui ad judicium prior provocaverit? & quid eſt, ut judicium in invitum dari, & Reus fugere dicatur? Negari non poteſt, quin Reus probando id faciat, quod principaliter partium ſuarum, ſuivé officii non eſt, ſed actoris. Nam actori probationem incumbere, omnia jura, quæ de probationibus agunt, clamant; adeò ut Martian. JC. ſcripſerit, neceſſitatem probandi ſemper incumbere ei, qui agit, in d. l. verius, & l. fruſtra, C. de

Digitized by Google

C.de probat.niſi fortè quis malit,eundem & actorem & reum dicere,omniaq; jura accuratiſſimè,ut res ita appellationes, diſtinguentia cõfundere;quam confuſionem etiam quotidiana fori conſuetudo atque uſus improbat. Quin & ipſe Ulpianus Cujacio adverſatur in d.l. in exceptionibus,affirmãs, in exceptionibus Reum partibus actoris fungi oportere, id eſt, de jure ſuo probare,probare exceptionem à ſe propoſitam, atq; ita præſtare illud,quod aliâs regulariter ab actore præſtandum fuerat. Hoc enim eſſe petitoris ſeu actoris,partes ſuſtinere maniſeſtiſſimis verbis docet Africa. in d.l. ſi priuſquam,in fi. & Ulp.in l.fin.D.ſi liber.ingen.eſſe dicet. eademq; phraſi utitur Scævo. in l. quæritur, 14. D. de Carb. edict. ſanè ut partibus ſuis fungi,eſt fungi ſuo munere & officio,l.tut. qui repertorium, 7. §. ſi tutor, D.de admin.tut. ita ipſe,qui revera actor eſt,nunquã dicetur partibus actoris fungi, quoniã qui partibus alicujus fungitur;hic ab eo,cujus partibus fungitur, eſt alius: At Reus cùm probat,rectè dicitur nõ ſuis partibus fungi, ſed actoris, cujus probare propriũ eſt, partibus ipſius in Reũ tranſlatis. Non movet me, quod nonnulli ſcribunt,Juſtinianũ hoc loco tractare de actionibus, non de exceptionibus, de quibus peculiari titulo mox egerit,quaſi veroſimile nõ ſit,ipſum voluiſſe aliud excipere,quàm quod fuit in regula,cùm regula fuerit propoſita rei vindcationẽ non dari poſ-

ſeſſori, à qua regula fiat exceptio, uno caſu dari, ſcilicet actionem, non exceptionem. Nam ſi penitius rem totam attendamus, videbitur exceptio illa, *ſanè uno caſu*, non tam eſſe facta à regula, quàm à ratione regulę, imò ita etiam à regula ipſa, ut cui ratio inſit. Ratio autem cur in rerum corporalium vindicatione actio nõ detur poſſeſſori, hæc eſt, quòd poſſeſſori poſſeſſio ſua ſufficiat; quæ ratio, cùm valdè eſſet generalis, videbatur hoc inducere, nunquam poſſidenti quidquam præſtare neceſſe eſſe, quaſi ipſum ſemper & ſine ulla diſtinctione ſua tueretur poſſeſſio, quod ſecus eſſe Juſtinianus innuit quidem, ſed non explicat; Nam eſſe caſum unum, quo is etiam qui poſſidet actoris partibus fungatur, & prçterquã quòd poſſidet, probare neceſſe habeat, poſſeſſionem illam ſuam eſſe ejuſmodi, ut à ſe invito illa avocari omninò vel eo tempore nequeat. Aſſumemus igitur, ut ſi poſſeſſio non ſufficiat, poſſeſſori non detur quidem actio, quia dum controverſia ipſi non movetur, actione ulla opus non habet, ſed exceptio, qua intentionem adverſarii actoris fundatam elidat & perimat, quod ut faciat, actoris partes in probãdo obtineat. Antequam enim conſtet de re controverſiam eſſe motam, ſciri non poteſt, an poſſeſſio poſſeſſori ad obtinendum victoriam ſufficiat, nécne. *Nunquam autem*, ut dixit Ulpianus, *poſſeſſor eam ultrò movebit.* Etſi verò peculiaris de exceptionibus à

Juſti-

Digitized by Google

Juſtiniano propoſitus ſit titulus, in eo tamen tractatur de natura & vi exceptionum, atq; adeò, quatenus, ut ita dicam, ſunt in ſe ipſis: hoc autem loco Juſtinianus exceptioné quandam rei vindicationis actioni objiciendam attingit, ut ſciatur, cuinam in actione ab actore intentata probandi onus incumbat, ipſiné agenti, an verò reo, quæ res ad naturam actionis intentatæ, quin etiam regulæ iſtius qua poſſeſſio ſufficere dicitur, explicationem pertinet. Et cùm regulariter incumbat probandi onus agenti, non Reo, cui poſſeſſio ſufficit, utpote quæ ipſi loco probationis ſit, ſi tamen illa non ſufficit, fortè quod in confeſſo aut aliunde certum ſit, actorem dominum eſſe, de jure ſuo, ut poſſeſſionem ſuam retineat, excipiet, eandemq; exceptionem probabit, quod dum facit, etſi poſſideat, nihilominus tamen actoris partes obtinebit. Atq; hic mihi etiamnum videtur eſſe unus ille caſus à Juſtiniano hoc loco notatus, in quo ſi fortaſſe minus rectè ſentire cuipiam videbor, is meminerit, in ejuſmodi controverſiis, quæ omnium ingenia torſerunt & exagitarunt, perquã eſſe difficile invenire, quod probabile ſit, nedum ſtatuere, quod ſit certum.

Ad l. 1. D. de edendo. CAP. VI.

QUid ſit edere, expoſuit Ulpianus in l. 1. D. de edendo. Inter alia verò ex Labeonis ſententia ſcribit, eum edere qui producat adverſarium ſuum ad album, & demon-

ſtret, quod dictaturus eſt. Ita conſtanter legunt Pandectæ Florentinę & Haloandrinę, utcunq; nonnulla exemplaria, teſte Angelo Politiano in Miſcellaneis ſuis, pro *album* habeant *alium*, nempe, ut ineptè Accurſius interpretatur, advocatum vel fidejuſſorem, & *dicturus*, pro *dictaturus*, quam lectionem Politianus refutat rectè. Sed Alciato conſtans illa Pandectarum lectio non probatur. Contendit enim lib. 2. diſpunction. cap. ultimo, non *adverſarium ſuum*, ſed *adverſaria ſua*, legendum eſſe, quoniam ex lectione vulgata nullus ſenſus elici poſſit, niſi is ex verbis extorqueatur. At verò ſi *adverſaria ſua* legatur, ſenſum eſſe manifeſtum, & quidem ejuſmodi, ut Labeo exiſtimaverit eum edere, qui ad album prætoris adverſaria producat, & demonſtret rationes illas ſummatim & per notas in eis deſcriptas, quemadmodum in Calendariis ſeu libris rationum ſit extenſurus, etiamſi non omnem rationem, quę in adverſariis annotata eſt, velit in Calendarium referre, ſed aliquam partem tantùm: atq; ita Ulpianum interpretatur, quaſi edens non Reum quem vult convenire, ſed rationem Codicem producat. Quem intellectum dum idem Alciat. lib. 8. parerg. cap. 7. à quorundam argumentis defendere vellet, videtur omninò vulgatam lectionem retinuiſſe, & *adverſarium* in numero ſingulari accipere pro chartis tumultuariè, & ad memoriæ ſubſidium confectis, quæ aliâs *adverſaria*
in

In numero multitudinis dicantur. Inde Alciatum reprehendendi occaſionem ſumſit Duaren. ſed defendendi cum Robertus. Quæ utriuſq; contentio cujuſmodi ſit, ex vero Ulpiani ſive Labeonis intellectu probè conſtabit. Ulpianus edictũ de edendo interpretaturus pro more ſuo edictum ab æquitate commendat, ejuſq; edicti ſummam hanc proponit, quòd omnis qui actione aliqua agere vult, eam edere debeat, ut ſciat reus utrum cedere an contendere ultrà velit. A commendatione illa pergit ad interpretationem vocis *edere*, in qua omnis vis edicti erat poſita, & qua intellecta facilius etiam intelligeretur quid eſſet actionem edere. Nam cùm non actiones tantùm edantur, ſed rationes etiam & inſtrumenta, obſervandum eſt, Ulpianum non de omni, ſed de ea tantùm editione, quæ actionis eſt, in hoc paragrapho agere voluiſſe. De inſtrumentorum enim editione eſt proximè ſubſequens §. editiones, & de editione rationum alter illum inſequens §. rationes. Ex ſuo autem ingenio Ulpianus eum actionem edere dicit, qui copiam (intellige, actionis, quam allegabat) deſcribendi faciat, vel in libello complectatur & det, vel denique dictet (ex libello, ut opinor, & dictet adverſario ſuo, qui Reus futurus eſt.) Sed quid illud eſt, quod dictabit aut complectetur & dabit, aut cujus deſcribendi copiam faciet? Actio: ut videlicet acturus vel det facul-

BIBLIOTECA NAZ. VITTORIO EMANUELE ROMA

Digitized by Google

tatem deſcribendi actionem libello comprehenſam, vel det ipſe actionem à ſe deſcriptam, ne Reus eam deſcribere opus habeat, vel denique ut acturus voce ſua actionem dictet adverſario, eandemq; adverſario ex ore ipſius excipiat. Ita Ulpianus ex ingenio ſuo: ſed ex ingenio Labeonis addit, eum quoq; (ubi particula *quoq;* ſatis indicat Ulpianum de editione actionis tantùm loqui, quod idē animadvertit Accurſius ex verbis *vel dicendo* paulò pòſt ſequētibus) edere, qui producat (pro quo ex eodem Ulpiano in l.ſi quis 6.D.de edendo, Stephanus Forcatulus in cupidine juriſperito c. 17. legit, *perducat*, ſenſu eodem) adverſarium ſuum (id eſt, Reum) ad album, (id eſt, ad tabulam illam dealbatam, quam eo anno prætor in publico propoſuerat, edictis ſuis in ea deſcriptis, ut cōſtaret, de quibus cauſis & quomodo eo anno prætor jus dicturus eſſet) & demonſtret quod dictaturus eſt (vel ut Cujacius lib.8. obſ.c.15. ex Baſilicis legit, *& demonſtret ex quo edicto acturus ſit.*) Hæc Cujacii lectio ſenſum habet planiſſimū, ſed nec vulgata habet incommodum, atq; in unū ſenſum utraq; recidit. Edens enim adverſario ad album producto demonſtrat, quodnam dictaturus ſit, id eſt, quam actionem illi movere velit, quomodo dictare actionem dicitur à Paulo in l.non diſtinguemus, 32. §. illud, D.de recept.qui arbitr.& ab eodem, dictare judicium, in l.ſi ſervus depoſitus, 22.§.fin.D.

de

Digitized by Google

de noxal. act. ut ita non ille duntaxat ad effectũ edendi dictare dicatur, de quo Ulpianus antea dixerat, qui non producto adverſario in publicum privatim ipſi actionem dictet, ſed etiam is qui adverſarium ſuum ſimpliciter ad albũ producit, albumq́; ei demonſtrando, digito etiam quaſi commonſtret, quod (intellige, edictum) dictaturus ſit, id eſt, ex quo edicto ſive edicti parte in albo deſcripti actionẽ judiciúmve ſit dictaturus. Hac ratione ex vulgata lectione, edictũ vel edicti pars dictatur, ex Cujaciana dictatur actio ex edicto vel edicti parte: inter quá utranq; lectionẽ nihil quod ad ſenſum attinet eſt, cùm utraq; idem dicat, ſed Cujaciana propriè, vulgata per Metonymiam effectus. Edictum enim actionis cauſa eſt, actio edicti effectum, ut cùm ex edicto actio dictari propriè dicitur, Metonymicè dicatur edictum ipſum dictari. Ceterùm cùm Labeo exiſtimaret non eſſe opus acturo, ut Reum ad album ipſum produceret, atq; ibidem digito demonſtraret, ex quo edicto acturus eſſet, ſubjicit, ***vel id dicendo, quo uti velit:*** quo, intellige, edicto, repetendo illud ἀπὸ τοῦ κοινοῦ, plenius ita, ***vel id dicendo, quo edicto uti velit.*** Duobus itaq; modis actio editur adverſario ad album producto, uno, ſi demonſtret digito quo uti velit, altero ſi dicat tantùm, non etiam demonſtret. Hæc ſi attendiſſet Rævardus, non neceſſe habuiſſet libro protribunal. ſingular. cap. 4. unum Edictorum, & alte-

Digitized by Google

rum formularum, atque ita duplex album confingere, cùm revera unum fuerit, in quod & edicta & actiones interdictaque relata fuerint, & licitum fuerit acturo vel ipſam formulam vel edictum, ex quo formula peteretur, adverſario demonſtrare. An edere dicatur etiam is, qui dicit quo edicto uti velit, etiamſi adverſarium ad locum, ubi album erat, propoſitũ non produxerit, negare non auſim, quoniam fortaſſe ſolenne ita erat, ut ad album deduceretur, & Labeo voluiſſe videtur nõ dici edidiſſe quẽ, niſi adverſario producto, ſi ordinem verborũ ſpectemus. Sin autẽ rem ipſam ſpectemus, quid vetat, quò minus etiam in alio quàm in eo loco, ubi album erat propoſitum, acturus dicere potuerit, quo Edicto, quavé formula uti velit? Verùm enimverò ad univerſum hoc quid adverſariis ab Alciato confictis hoc loco opus eſt? imò quomodo illa huic loco convenient, ſi vel cum ſententia vel cum verbis Ulpiani conferantur? Adverſaria enim dicuntur ſcripturæ ſive Codices tumultuariè & ſine ordine memoriæ cauſa facti, ut poſtea illa, quæ in eis perſcripſimus, in ordinem redigamus, & in tabulas referamus: ſummamq; & caput rei memorandæ continent, tabulæ autem rei illius explicationẽ per cauſas & circumſtantias ſuas, & illa propter has fiunt, his factis illa ut fiant opus non eſt, aut ſi facta ſunt, contemtim & promiſcuè habentur. Et cùm memoriæ cauſa

fiant,

ſiant, ut ſint quaſi admonitoria & indices ejus quod memorandum eſſe putamus, non malè ex cauſa finali doctiſſimo Turnebo lib. 2. adverſar. c. 11. & lib. 29. c. 36. dicta eſſe videntur ab advertendo, ſicut Demoſtheni contra Aphobum dicuntur ὑπομνήματα. Advertere enim quandoque idem eſt quod admonere, ut apud Livium lib. 4. *advertit ea res Veſpaſianum*, & lib. 1. ex emendatione doctiſſimi Lipſii, *Adverteratq́; ea res etiam Sabinos tanti periculo viri*, & apud Cornel. Tacitum lib. 2. annal. *octo aquilæ petere ſylvas viſæ advertêre Imperatorem*, & ibidem Lipſius in commentario. Cœlius tamen Rhodiginus lib. 12. antiquar. lection. cap. ult. Adverſaria ex eo dicta eſſe putat, quòd adverſa parte etiam ſcriptis implerentur, & per tranſverſum quoq;, quod idem etiã probabile eſt: ſed Turnebo magis aſſentior, quòd & ea ſit advertendi ſignificatio, quam dixi, & quòd nemo ſit qui neget adverſaria in eum uſum & finem, quem dixi, primitus comparata fuiſſe, & hoc utrunq; omnibus adverſariis commune ſit & ἀνὰ τὸ μῆν. ſcriptio autem illa etiam adverſa parte & per tranſverſum non ſit neceſſaria, ut quæ adverſaria dicantur, cùm ejuſmodi ſcriptione etiam non facta adverſaria nihilominus ſint & dici poſſint. Cujacius ſanè d. obſervat. 15. ingenuè fatetur, adverſariorum notationem ſe non habere ſatis compertam: verùm ut ſatis comperta non ſit, quid intereſt eam quæ probabilior eſt

eà

eò uſq; amplecti, donec certior afferatur, præſertim cùm Turnebi notatio ejuſmodi ſit, quæ nullam in ſe habeat difficultatem? Ut autē adverſaria illa rectè produci dicantur, non video cur ad album ſint producenda. Ad quid enim illa ad album productio? & cur ita potius ſi ad album producantur, produci rectè dicentur, & non etiam modo alio? aut unde tandē illi, qui adverſaria ita demùm rectè produci affirmant, ſi ad albū producantur, hoc ita eſſe probabunt? aut quis effectus ejuſmodi ad albū productionis fuerit? Non dices id eò fieri, ut acturus oſtendat inſtrumenta, quibus uſurus ſit in judicio. Id enim eſſet inſtrumentum edere, non actionem. At verò de actionis editione in hoc paragrapho, in ſubſequenti autem de inſtrumentorum editione Juriſconſultum loqui, ſuprà monui. Deinde aliud eſt actionem edere, aliud documenta, quibus id quod in actione edita & intentata poſitum eſt, probetur proferre. Illud enim ad proceſſum formandum pertinet, hoc autem ad cauſæ ipſius, ſuper qua actio eſt propoſita, merita ſpectat: atq; illud ſemper natura prius eſt, ut plurimū, dixerim ferè ſemper etiam tempore, hoc poſterius, iſtiuſq; conſequens; atq; illud fieri poteſt etiam extra jus vel judicium, hoc non niſi in jure vel judicio. Non negaverim ſi ab acturo in actionis editione adverſariorum ſive inſtrumentorū mentio fiat, quin illa unà cum actionis editione etiam

eden-

edenda ſint, & proferenda, ut Reus eò rectius intelligat, cederéne debeat an contendere. Illa enim adverſariorum ſive inſtrumentorum editio, non fit principaliter ob ipſa inſtrumenta, aut ad eum effectum ob quem proferri potiſſimum ſolent, nimirum ad probandum id quod in actione deducitur, ſed ob ipſam actionem ejusq; editionem plenam, aut ut in foro hodie loquimur, die Klage damit zu ergentzen. Ex quo fit, ut proceſſu ad probationem usq; deducto, ipſa, niſi in vim probandi repetantur, nihil omninò probent, perindeq; habeantur, nimirum quod ad probandi effectum attinet, atq; ſi prolata nunquam eſſent. Ex eadem cauſa etiam illud eſt, ut inſtrumentorum exempla, ſive, ut vocant, Copias ad pleniorem actionis editionem proferre ſufficiat, cùm in puncto probationis exempla inſtrumentorum proferre ſatis non ſit, ſed ipſa omninò Inſtrumenta, ſive ut vocant, Originalia ſint proferenda. Quæ cùm ita ſe habeant, rectè quidem Duarenus libr. 1. diſput. c. 13. Alciati ſententiam improbavit, ſed eam non ſatis rectè confutavit. Suprà enim oſtendi, Alciatum legiſſe *Adverſaria*, non *Adverſarium*. Quòd enim in Parergis legitur *Adverſarium*, id vel typographi vicio accidit, ut putat Robertus lib. 3. ſentent. c. 13. vel ipſius Alciati incuria, quem *adverſaria*, non *adverſariũ*, ſcripſiſſe aut certè ſcribere voluiſſe, ex eo ſatis colligitur, quòd ſe ibidem ad emendationem in

in diſpunctionibus factam, ubi *adverſaria* ſcribitur, retulit. Accidit ſæpè viris etiam non indiligentibus, ut quid ipſis invitis aut inſciis excidat, quod ſine calumnia accipiendum ſit, & interpretandum ex iis quæ aliàs ſcripſerunt & ſenſerunt. Quòd autem à Claſſicis etiam autoribus inſtrumenta produci dicantur, ſatis comprobavit Robertus ſupradicto c.13. & uſus fori approbavit, ut illis quidquam adjicere neceſſe non ſit.

De jurejurando notabilia quædam. CAP. VII.

JUrisjurandi definitiones Interpretes tradiderunt varias, ſed quæ partim naturam jurisjurandi non exprimant, partim ad omne jusjurandum non pertineant: quas omnes & ſingulas examinare nunc mihi non eſt integrum. Et ſanè cùm alia veteribus fuerit, alia nobis jurisjurandi pręſtandi ratio, difficile eſt jusjurandū omne una definitione generaliter complecti. Sed valde placet illa Ciceronis, quę eſt ad finem libri tertii de officiis, qua jusjurandū dicitur eſſe affirmatio religioſa: quam etiam Cujacio nō diſplicuiſſe video. Diſtributio veteribus fuit duplex, nobis hodie una eſt. Veterib. enim jusjurandum una diviſione fuit verū vel quaſi, altera Judiciale & Extrajudiciale: nobis hęc poſterior ſola relicta eſt, illa verò quod ad Ethnicorum religionē pertineret, nobisq; aliud juramentū, quàm quod per *Deum* fiat, cognitum

non

non ſit, deſiit. Juramentum autem verum erat, quod fiebat cum obteſtatione divina per DEUM, quem nos unicum quidem agnoſcimus, Ethnici autem multiplicem habebant, atq; adeò per plures varioſq; DEOS jurabant, cujuſmodi formulas recenſuit Barn. Briſſon. lib. 8. de ſolenn. pop. Rom. formul. Jusjurandum quaſi dicebatur juramentum illud, quod per rem aliam quàm per Deum aliquem fiebat, cui tamẽ ipſi etiã obteſtatio divina inerat, quia per rem quidem illam, at reſpectu & intuitu divini alicujus numinis jurabatur, puta *per ſalute ſuam*, l. qui per ſalutem 35. D. de jurejur. *per ſalutem liberorum ſuorum*, Plin. lib. 2. Epiſt. ult. Senec. controverſ. lib. 9. cap. 4. & per vitam ſuam *ita vivam*, Valer. Max. lib. 9. c. 14. Cicer. 2. Epiſt. famil. 13. & 5. Epiſt. ad Attic. 15. per caput ſuum & liberorum, l. ait prætor, 3. §. ult. & l. 4. D. de jurejur. Ovid. lib. 5. triſt. eleg. 8. Martial. lib. 9. Epigramm. Apulej. libr. 3. de aſino aur. per oculos ſuos, Plaut. in Menechm. Scen. ult. Ovid. lib. 2. amor. eleg. 16. & lib. 3. amor. eleg. 2. Propert. lib. 1. eleg. 15. Tibull. lib. 3. eleg. ult. Oppreſſa verò poſtea à Cæſaribus Repub. invaluit mos jurandi per Genium, ſeu, ut Alexand. Imp. loquitur in l. 2. C. de reb. cred. per venerationem principis, item per ſalutem principis, quod poſt cędem Julii Cæſaris à Senatu decretum eſſe teſtis eſt Dio, hiſtorię ſuæ lib. 44. & Genium quidem *τύχην* vocat, ſalutem verò *ὑγείαν*, quod antiquiſſimis

ſimis etiam temporibus,& Ægyptiis,ut per vitam Pharaonis jurarent, uſitatum fuiſſe hiſtoria ſacra teſtatur. Atq; juramenti hujus meminit Ulpian.in l.ſi duo,13. §.ult. D. de jurejurando, Tertullian.non uno loco ad Scapul.& in Apologet.ſuo,c.28.Apulej.lib.9.de aſin.aur. Euſeb.lib.3.hiſtor.Eccleſ.c.14.& longè præſtantiſſimum jusjurandum haberi ceptum, quod per ſalutem & genium principis fieret, refert Alexand.ab Alexand.dier. genial.lib.5. cap.10. Genium autem Bartolus interpretatur principem ipſum , quem Jaſon ſequi videtur ex Bartolo ſummarium d.§.ult. repetens, & probari videtur ex l. 2. C.de reb.cred. ubi jusjurandum per Deum conceptum, & conceptum per venerationem principis ſibi invicem opponuntur, ut cùm juramentum per genium ſeu venerationem principis præſtari dicitur,ſenſus ſit, jurari per principem,utpote per majorem,quem juramento noſtro colere, & ut Deum venerari voluerimus.Imperatoribus enim olim divinos honores exhibitos hiſtoria Auguſtalis teſtis eſt,ideoq; Caligulam,cùm pro Deo ſe coli vellet, pleroſq; honeſti ordinis deformatos prius ſtigmatũ notis ad metalla & beſtias cõdemnaſſe, quod nunquam per genium ſuum dejeraſſent,Sueton.in vita ejus c. 27. autor eſt,& paulò antè c.15.ſcribit Caligulam voluiſſe,ut omnibus ſacramentis adjiceretur, *neq; me liberoſq; meos cariores habeo, quàm Gajum & ſorores ejus:*

quod

quod idem in hiſtoriam ſuam retulit Dio libr. 18. Accurſius tamen mavult genium intelligi Deum principis, quæ expoſitio Pratejo in Lexico ſuo videtur non inepta, eò quòd antiquitas cuiq; homini nato duos Deos quaſi connaſci fingeret, eosq; geniales, qui Genii dicti ſint, quòd ex lib. 6. c. 4. dierum genial. Alexand. ab Alexand. ſatis liqueat, quomodo in d. l. 2. veneratio principis activè capienda eſſet, nempè ut juratum ſit per eos Deos quos princeps venerari ſoleat. Id verò ex eo etiã confirmatur quòd Chriſtiani cùm ab ipſis juramentum per ſalutem principis uſurparetur licitè, eò quòd ſive quis per ſuam, ſive per principis ſalutẽ juraret, ſalutis autorem, id eſt, Deum appellarent, abſtinuerint tamen à juramento per Cæſaris genium, ut teſtatur Tertull. in Apologet. cap. 32. quòd didiciſſent neque per Deos alienos & fictitios, neq; per creaturam jurare licitum eſſe, eò quòd jusjurandum eſſet pars cultus divini, qui non niſi uni & ſoli Deo præſtandus eſſet. Quã ob cauſam Arcad. & Honor. Impp. Chriſtiani in l. ſi quis major. C. de tranſact. mentionem faciunt ejus duntaxat jurisjurandi quod fit invocato Dei omnipotentis nomine, & ejus quod fit per ſalutẽ principis, ut qua nominata nominari etiã intelligatur ſalutis illius autor, qui ſolus Deus eſt. Cùm autem poſtea Carolus Magnus etiam per ſalutem principis jurari vetuiſſet, unicum illud jusjurandum quod

ſimis etiam temporibus,& Ægyptiis,ut per vitam Pharaonis jurarent, uſitatum fuiſſe hiſtoria ſacra teſtatur. Atq; juramenti hujus meminit Ulpian.in l.ſi duo,13. §.ult. D. de jurejurando, Tertullian.non uno loco ad Scapul.& in Apologet.ſuo,c.28.Apulej.lib.9.de aſin.aur. Euſeb.lib.3.hiſtor.Eccleſ.c.14.& longè præſtantiſſimum jusjurandum haberi ceptum, quod per ſalutem & genium principis fieret, refert Alexand.ab Alexand.dier. genial.lib.5. cap.10. Genium autem Bartolus interpretatur principem ipſum, quem Jaſon ſequi videtur ex Bartolo ſummarium d.§.ult. repetens, & probari videtur ex l. 2. C.de reb.cred. ubi jusjurandum per Deum conceptum, & conceptum per venerationem principis ſibi invicem opponuntur, ut cùm juramentum per genium ſeu venerationem principis præſtari dicitur,ſenſus ſit, jurari per principem,utpote per majorem,quem juramento noſtro colere, & ut Deum venerari voluerimus.Imperatoribus enim olim divinos honores exhibitos hiſtoria Auguſtalis teſtis eſt,ideoq; Caligulam,cùm pro Deo ſe coli vellet, pleroſq; honeſti ordinis deformatos prius ſtigmatũ notis ad metalla & beſtias cõdemnaſſe, quod nunquam per genium ſuum dejeraſſent,Sueton.in vita ejus c. 27. autor eſt,& paulò antè c.15.ſcribitCaligulam voluiſſe,ut omnibus ſacramentis adjiceretur, *neq; me liberosq; meos cariores habeo, quàm Gajum & ſorores ejus:* quod

quod idem in hiſtoriam ſuam retulit Dio libr. 18. Accurſius tamen mavult genium intelligi Deum principis, quæ expoſitio Pratejo in Lexico ſuo videtur non inepta, eò quòd antiquitas cuiq; homini nato duos Deos quaſi connaſci fingeret, eosq; geniales, qui Genii dicti ſint, quòd ex lib. 6. c. 4. dierum genial. Alexand. ab Alexand. ſatis liqueat, quomodo in d. l. 2. veneratio principis activè capienda eſſet, nempè ut juratum ſit per eos Deos quos princeps venerari ſoleat. Id verò ex eo etiã confirmatur quòd Chriſtiani cùm ab ipſis juramentum per ſalutem principis uſurparetur licitè, eò quòd ſive quis per ſuam, ſive per principis ſalutẽ juraret, ſalutis autorem, id eſt, DEUM appellarent, abſtinuerint tamen à juramento per Cæſaris genium, ut teſtatur Tertull. in Apologet. cap. 32. quòd didiciſſent neque per Deos alienos & fictitios, neq; per creaturam jurare licitum eſſe, eò quòd jusjurandum eſſet pars cultus divini, qui non niſi uni & ſoli DEO præſtandus eſſet. Quã ob cauſam Arcad. & Honor. Impp. Chriſtiani in l. ſi quis major. C. de tranſact. mentionem faciunt ejus duntaxat jurisjurandi quod fit invocato DEI omnipotentis nomine, & ejus quod fit per ſalutẽ principis, ut qua nominata nominari etiã intelligatur ſalutis illius autor; qui ſolus Deus eſt. Cùm autem poſtea Carolus Magnus etiam per ſalutem principis jurari vetuiſſet, unicum illud jusjurandum quod

per DEUM fieret, in uſu remanſit, atque eo ſolo etiamnum utimur, ut annotavit Weſemb. in commen. in Digeſt. ſub tit. de jurejur. n. 6. Ut igitur veteribus jusjurandum aliud Verum, aliud Quaſi fuerit, unicum tamen nos quod verum ipſis dictum fuit, agnoſcimus, & ex eo diviſio quæ in ſpeciebus eſt oppoſitis, nulla ſupereſt, quę in uſu ſit, veſtigiis tantùm aliquibus dę ea à Juſtiniano in libris juris Civilis relictis. Ita reſtat nobis diſtributio unica, quę tamen in ullo textu juris nuſquam expreſsè traditur, niſi quod ex rubr. D. de jurejur. animadvertimus, jusjurandum eſſe vel Voluntarium, vel Neceſſarium, vel judiciale; quas appellationes Triboniani & Compilatorum, non veterum juris autorum eſſe cum Cujacio & Donello ſentio. Sed an ſatis logicè jusjurandum ita diſtribuatur neſcio. Species enim ſub eodem genere poſitæ, ita ſibi invicem opponuntur, ut una de altera dici nec poſſit nec debeat, quod tamē in ſpeciebus illis fieri, ex iis quę pòſt dicentur manifeſtum evadet. Sed & definitiones ſpecierum illarum variè ab Interpretibus divexatæ ſunt, ut hęc quę de jurejurando apud Juriſconſultos eſt quæſtio, facta ſit difficilior, quod idē & Oldendorpius Claſſe 1. action. 9. §. ut autem, in prin. animadvertit, ſcribens, Interpretes juramentorum genera obſcurè magis quàm utiliter tractaſſe. Idq; verum eſt. Nam prout alii ad cauſam litigioſam, alii nō ad litigioſam duntaxat,

taxat,

taxat, ſed etiam non litigioſam de jurejurando doctrinam retulerunt, ita aliter atq; aliter ſpecies illas definiverunt. Ad cauſam litigioſam ſive controverſam (nunc enim his vocibus æquè utimur) qui reſpexerunt, voluntarium jusjurandum ita definiunt, quod defertur à parte parti extra judicium, addunt Græci vel in judicio: Neceſſariũ, quod à judice defertur in cauſis dubiis, vel ut Græci malunt, quod pars cui delatum eſt, refert delatori. Judiciale quod defertur à parte parti in judicio judice delationẽ confirmante: vel, ut iidem Græci malunt, quod à judice defertur. Atq; hi juramentum ad res controverſas coarctarunt, idq; ex uſu magis juris Civilis quàm Canonici metiti ſunt. Cùm enim ad eam quæ de jurejurando in jure civili inſtituitur diſputationem oculos cõvertimus, apparet ex collocatione tit. D. & C. de jurejur. eam inſtitui ob id quod in lite verſatur. Et ſanè initium tit. D. de jurejur. ejuſmodi eſt, ut eo affirmetur, maximum remedium expediendarũ LITIUM eſſe jurisjurandi religionem, qua vel ex pactione ipſorum LITIGATORUM, vel ex autoritate JUDICIS DECIDUNTUR CONTROVERSIÆ: neque ulla omninò ſub hoc titulo lex eſt, quæ non pertineat ad jusjurandum illud duntaxat quod circa lites ſit ſive controverſias, adeò ut ne illud quidem cujus mentio fit in l. jusjurandum, 17. in princ. D. de jurej. ad aliud quàm ad idem illud trahendum

Digitized by Google

ſit,utcunq; magni nominis Juriſconſulti diverſum ſentiant. Eodem autem jure Civili in cauſis extra controverſiam poſitis vix eſt ut jurisjurandi habeatur ratio ulla, ſiquidem actus cui additur ſi nullus ſit, eo non confirmetur, nec ei qui valet jure, quidquam per id addatur. Unus caſus eſt quo jure civili ex jurejurando eſt obligatio, nempe ſi libertus patrono operas, donum & munus ſe præſtaturũ juraverit, niſi quis cum Cujacio eam ex ſtipulatione eſſe malit. Pactioni autem, quæ aliâs valet, jusjurandum robur addit duobus caſibus, qui uterq; ex jure conſtitutionum eſt, nimirum in tranſactione, ex l.ſi quis major, C.de tranſact.& in contractibus minorum, per Authent. Sacramenta puberum, C.ſi adverſ.vend.& l.3. C. ſi min. ſe major dixer. Vis enim juramentorum reliqua omnis juri civili incognita ex jure Pontificio repetenda eſt. Et ad utrunq; illud jus reſpexerunt Interpretes illi, qui ſupradictas tres juramenti ſpecies ex omnibus cauſis indiſtinctè definiũt. Voluntarium enim illud eſſe dicunt, quod pars parti ſine judice defert contractus confirmandi vel controverſiæ tranſigendæ cauſa: idemq; vocant Extrajudiciale. Judiciale illud, cùm in judicio pars parti judice approbante juramentum defert. Neceſſariũ, quod judex defert parti. Oldendorpius loco præallegato voluntariũ ſeu extrajudiciale eodem modo definit: ſed id quod in judicio eſt, dicit exigi vel ad præparationem

tionem cognitionémve judiciorũ rectè exercendam, ne quid per fraudem eorum qui in judicio verſantur, incidat, quod evertat veritatẽ, ut eſt juramentũ calumniæ, teſtimonii dicendi, cautionis, judicis vel advocati, & ſimilia, quod juramenti genus judiciale & neceſſarium rectè appellari putat: vel ad deciſionem litium, quod Deciſorium juramentum eſt. Neutri placent. Utriq; enim in extremis ſunt, priores quidem illi deflectendo nimis ad theoriam juris civilis, hi verò poſteriores praxin cum theoria ineptè confundendo, nõ diſtinguentes ea quæ diſtingui & debuiſſent & potuiſſent. Oldendorpius autem nullam theoriæ aut juris civilis, ſed uſus duntaxat rationem habuiſſe videtur. Rectè igitur à nobis fiet, ſi ea quæ theoriæ ſunt juris civilis retineamus, cum ea autem jus Canonicum & uſum ita conjungamus, ut utrique ſua conſtare poſſit autoritas. Res autem ita ſe habet, ut ſub eo titulo qui in jure civili eſt de jurejurando, juramentum conſideretur, ad eum duntaxat effectum, quatenus controverſiæ inter duos pluréſve eo deciduntur. Hoc omnes illæ leges, quæ ſub eo titulo & in Digeſt. & in Cod. collocatæ ſunt, evidenter arguunt, in quibus multoties verbo decidendi Juriſconſulti & Imperatores utuntur, atque ita ex Gajo Juriſconſulto quamprimùm in l. 1. D. de jurejurando jurisjurandi religione decidi controverſias affirmatur, non quidem juramenti cujuſvis,

I 3 ſed

ſed ejus tantùm de quo ſub eo titulo dicturus erat Juſtinianus. Atq; ad hoc juramentum pertinet illa juramenti definitio à Clemente Alexandrino propoſita, qua jusjurandum dicit eſſe certam definitionem litis, quæ fit cum obteſtatione divina. Quàm anguſtè igitur juramentum ſub eo quem dixi, titulo accipiatur, nemo non videt. Sed pleriq; juramentum illud de re quavis controverſa, ſive in jus aut judicium deducta ſit, ſive non ſit deducta, intelligi volunt. Quid verò ſi tentaverimus juramentum illud non de quavis controverſia, ſed de ea tantùm quæ in jure vel judicio jam ſit, & propriè lis dicitur, accipiendum eſſe? Tum enim lis propriè eſt, cùm in jus ſeu judicium deventum eſt, antequam eò deveniatur, controverſia potius eſt quàm lis. Nam lis omnis controverſia eſt, non viciſſim. Varro lib. 6. de lingua Latina, res, ait, quæ in controverſia eſt, lis dicitur. At litium expediendarum cauſa jurisjurandi religio introducta eſt, & cùm autoritate judicis controverſiæ deciduntur, neceſſe eſt eas in jure vel in judicio verſari, & obſervavi in legibus ſemper mentionem fieri litis ſeu litigatorum, controverſiæ autem nunquam, aut certè ut in d. l. 1. cum ejuſmodi aliqua adjectione, ex qua appareat controverſiam non intelligi promiſcuè quamvis, ſed eam quæ in jure ſeu judicio jam verſetur. Quin & edictum prætoris de hoc jurejurando conceptum ejuſmodi erat, SI IS

cum

Digitized by Google

cum quo agetur conditione delata juraverit. Atq; ita profectò eſt, ut ſi leges ſub hoc titulo colligas, omnes de juramento circa rem in jus ſeu judiciũ deductas loqui animadvertas, excepto initio d. l. jusjurandum 17. quod de juramento extra judiciũ delato, atq; ita de eo quod circa rem, non quidẽ litigioſam, attamen controverſam interponi ſolet, loquitur. Ceterùm hoc juramentum Digeſtorum Compilatores fecerunt triplex, Voluntarium, Neceſſarium & Judiciale: Gajus duplex, ut unum ſit ex pactione litigatorum, alterum ex autoritate judicis d. l. 1. D. de jureju. melius quàm illi. Nam ſub eo quod ex pactione litigatorum venit, rectè utrunq; illud Voluntarium & Neceſſarium comprehenditur. Verùm tamen diviſio accommodanda generi accommodata eſt ſpeciei, quod in arte vicioſum eſt, ut Logici docẽt. Sunt enim præter eam juramenti ſpeciem, qua lites deciduntur, cõplures aliæ, quæ non minus juramenta eſſe poſſunt voluntaria aut neceſſaria aut judicialia, atque illud. Quæ in jure quidẽ civili ejuſmodi ſunt, ut non niſi in litibus locum habeant, lites tamen iis non decidantur, ſed vel proceſſus judiciorum, vel queſtio, que in judicium deducta eſt, & merita cauſæ, ut loquuntur, continet, informentur. Inter ea autem principem locum obtinet juramentum calumniæ, quod & propter calumniam dicitur, ideoq; peculiaris ei in Codice

aſſignatus eſt titulus, & forma ejus aliqua in Digeſt. etiam deſcripta eſt in l. de die, 8. in fi. D. qui ſatiſd. cog. cautio juratoria, juramentũ teſtium, juramentum perſonarum judicii, juramentum in litem, quod ipſum etiam ſuam propriam habet rubricam in Digeſtis proximè rubricę de jurej. ſubjectam. Eadem etiam juramenta jus Pontifi. agnoſcit, quod præterea introduxit juramentum malitiæ, juramentum purgationis, juramentum ſuper taxa expenſarum & liquidationis, juramentum dandorum & reſpondendorum, & generaliſſimè juramentum quodvis quod non in judicio tantùm, ſed etiã extra judicium, & non de re controverſa tantùm, ſed etiam de re non controverſa interponi poſſit. Juramentum igitur quod jure civili valdè anguſtum erat, jure Pontificio factum eſt latiſſimum, & quod jure civili non niſi litibus accõmodabatur, id jure Pontificio accommodatur promiſcuè negociis omnibus, ut his quæ non valent, robur addant, illis autẽ quę valent, confirmationem. Ex quo vulgatum illud Canoniſtarum, ut juramenta omnia quæ citra diſpendium ſalutis æternæ ſervari poſſunt, ſerventur. Uſus igitur juramenti qui eſt de jure civili, idẽ eſt de jure Pontificio, non viciſſim omnis juramenti uſus qui eſt de jure Pontificio, etiam eſt de jure civili. Jus civile juramentum regulariter in litibus duntaxat agnoſcit, jus Pontificiũ etiam in litibus ea agnoſcit, ſed præter eas in nego-

negociis etiam quibuſvis aliis: Juramentum de jure civili adjunctum eſt judiciorum, de jure Pontificio etiam non judiciorum: & tamen omnia illa ejuſmodi ſunt ut ſint voluntaria, vel neceſſaria, vel judicialia. Ut igitur juramenta omnia, quatenus ejus fieri poteſt, ad certa genera redigantur, & ſuo quæq; loco collocentur, jusjurandum unum de caſu non controverſa, aliud de cauſa controverſa interponi ſolitum dico. Hæc mihi ſumma videtur eſſe ex utroq; jure diſtributio. Nam diſtributio iſta qua judiciale unũ, aliud extrajudiciale dicitur, meo quidem judicio propria eſt juramẽti ejus quod de re controverſa interponi ſolet. De re enim non controverſa interpoſitũ judiciale non eſt, quia ad judiciorum conſtitutionem aut meritorum approbationẽ nihil facit, atq; adeò neq; Extrajudiciale dicetur, eò quòd privatio præſupponat habitum. Id enim juramẽtum ſolùm extrajudiciale eſt quod de re interponitur, quæ & ipſa in judicio deduci poſſit. Juramentũ itaq; de re eſt non controverſa, vel de re controverſa. Quod de re eſt non controverſa, eſt interpoſitum de negocio aliquo quod geritur geſtúmve eſt, eſtq; vel confirmãdo, ut ſunt juramenta conventionibus appoſita pleraq;: vel perſonas fide aſtringendo, quod eſt in juramento ſubjectionis à ſubditis ſive in pace ſive in malitia; & in juramento fidelitatis à vaſallis ex uſibus feudorum præſtando. Verùm hæc juramenta, ut

Digitized by Google

dixi, ferè juris ſunt Pontificii & feudalis, & ſunt voluntaria ſimpliciter vel quodammodo. Simpliciter volũtaria ſunt illa, quę adhibẽtur Conventionibus: quodammodo illa, quę à ſubditis & vaſallis præſtantur. Hæc enim aliquã habent juris neceſſitatem, illa nullam omninò. At jus civile id potiſſimum agnoſcit, quod de re eſt controverſa: Controverſa autem in jure quæ litigioſa eſt, ut dixi, vel extra jus. Extra jus controverſa deciditur juramento quod ſemper eſt voluntarium. Diſtributio igitur iſta juramenti ad cauſam duntaxat pertinet litigioſam, quæ in jure eſt, hoc eſt, quæ controvertitur apud prætorem vel apud judicem à prætore datum. Ex quo eſt ut juramentum judiciale hîc nõ opponatur Extrajudiciali, ſed Voluntario & Neceſſario. Omne autem hoc in jure ſpectatur. Quid autem ſit in jure eſſe aut fieri ex capite primo repetendum eſt. Controverſiæ itaq; quæ in jus ſunt deductæ deciduntur juramento. Et effectus quidem communis eſt, ſed cauſa juramenti præſtandi eadem non eſt ſemper. Ut enim ex Gajo ſuprà retulimus, una ex pactione eſt litigatorum, altera ex autoritate judicis. Pactio igitur vel autoritas judicis poſt juris autoritatem, quæ ſumma ſemper eſt, litem decidit, adhibito medio ſeu inſtrumẽto, nempe jurejurando. Ita deciſio effectus eſt, cauſa efficiens jus, cui ſubordinatur pactio partium vel autoritas judicis, cauſa efficiens inſtrumentalis, jusjurandum.

Atq;

Atq; hoc loco tentari poſſet, an non, ut maximè juramēti & jurisjurandi appellationes promiſcuè uſurpentur vulgo, ex uſu juris diſtinguendæ eſſent, ita, ut juramentū dicatur quodvis aliud ſuper re non controverſa interpoſitū, jusjurandum interpoſitum ſuper re cōtroverſa, eò quòd hoc decidantur cauſæ merita, nempe quid juris ſit, hoc eſt, ut quis juret de jure ſuo quod cōmune eſt jurijurando de quavis re cōtroverſa interpoſito: at de litigioſa præterea etiam, quòd in jure apud prętorem, vel in judició apud judicē juretur. Quod ex eo confirmatur, quòd ſub titulo Digeſt. de jurejurando nuſquam juramentum, ſed ſemper jusjurandum dicatur, juramentum illud, de quo ſub titulo illo tractatur, quod ita Juriſconſulti veteres proprietatis vocabulorū ſtudioſi accuratè obſervarunt, & ut ex Conſtitutionibus Imperatorum ſub tit. C. de reb. cred. poſitis apparet, etiam Imperatores ipſi, excepto Juſtiniano noſtro, qui in l. penult. C. eod. ea confundit, quòd idem poſtea à Pontificibus factū eſt. Omne igitur jusjurandum juramentum fuerit, non juramentum omne jusjurandum. His fundamentis poſitis jusjurandum unum Conventionale facio, aliud Judiciale: utrunq; ita ex cauſa efficienti, atq; ex eadem etiam utrunq; definiendum & ęſtimandum, non ex loco. De hoc enim jam dictum eſt, nempe quòd jusjurandum omne, de quo nunc quærimus, in jure præſte-

tur,

tur;atq; adeò hîc, ut ita dicã, locus utriq; jurijurando & Conventionali & Judiciali communis eſt. Itaq; valdè ineptiunt Interpretes, qui Conventionale illud eſſe volunt, quod extra judiciũ præſtetur, atq; ex eo etiam volunt Extrajudiciale dici: Judiciale quod adverſarius adverſario deferat in judicio: Et tamen neceſſarium non ex loco ſed ex cauſa definiant. ut ſit id quod à judice defertur parti. Nam ut ex ſupradictis manifeſtum eſt, ſermo eſt Juriſconſultis noſtris potiſſimùm de eo jurejurando quod in jure præſtetur, atq; id ipſum faciunt illi duplex, ut dixi, nempe Conventionale & Judiciale, & utrunq; ipſi definiunt ex cauſa, non ex loco. Ex eorum enim ſententia Conventionale jusjurandum illud eſſe dicemus, quod ex pactione ipſorum litigatorum venit: Judiciale, quod venit ex autoritate judicis, quæ definitiones totidem verbis à Gajo Juriſc. expreſſę ſunt in l. 1. D. de jurej. Quod verò Gajus ait, *ex pactione ipſorum litigatorum*, id Antoninus Imp. in l. 1. C. de reb. cred. ita exprimit, *jurejurando ex conſenſu utriuſq; partis vel adverſario inferente, delato & præſtito, vel remiſſo*, quibus verbis conventionale jusjurandũ luculenter deſcribitur, & contra Interpretum opinionem ei tribuitur, quod ipſi aliâs tribuunt jurijurando judiciali. Et judiciale quidẽ ſimplex eſt, utpote quod cauſa cognita per judicem alterutri partium litigantiũ alterutra, vel etiam utraque invita ob inopiam

pro-

probationum defertur, l.in bonæ 3. C. de reb. cred. At Conventionale eſt duplex, unum Voluntarium, alterũ Neceſſarium. Voluntarium eſt jusjurandum à parte cui id delatum eſt præſtitum, vel ei cùm præſtare paratus eſſet, remiſſum. Neceſſariũ eſt jusjurandum ab eo cui delatum eſt, relatum adverſario qui detulit. Ita voluntarium eſt delatũ, neceſſarium delato relatum, utrunq; tamen Conventionale, quoniam neutrũ à judice eſt, ſed utrunq; à litigatoribus, & utrunq; ex conventione originem habens. Neq; quòd hoc neceſſarium eſt, cõventionale eſſe deſinit. Neceſſariũ enim refertur ei qui detulit. At in arbitrio hujus erat deferre vel non deferre. Cùm verò ſemel detulerit, imputet ſibi quòd huic neceſſitati ſeſe obſtrinxerit, cùm ſciret, aut certè ſcire deberet, jusjurandum à ſe delatum ſibi ab adverſario referri poſſe. Ita hîc idem fit, quod in Convẽtionibus aliis, ut quod ab initio erat voluntatis, conventum ſit neceſſitatis, quod tamen origine ſpectata Conventionale eſt, imò voluntariũ. Qui enim vult antecedens, idem etiam conſequens velle exiſtimatur. Hinc eſſe puto, quod Compilatores noſtri utranq; illam Conventionalis jurisjurandi ſpeciem diſtinctè in rubrica Digeſt. exprimere maluerint, nempe ut vel hoc ipſo intelligeretur, ex pactione ſeu conſenſu litigatorum jusjurandum nõ ſemper eſſe idem, ſed quandoq; merè voluntariũ, quandoq; verò neceſſarium.

Ceterùm

Digitized by Google

Ceterùm ſi ad antiqua iſta tempora, quibus Juriſconſulti illi, ex quorũ pleniſſimis Commentariis Digeſta ſunt compoſita, vixerunt, eorundemq; uſum advertamus, veroſimile eſt, omnẽ illam quæ de jurejurando ſuper re controverſa interponendo fuit quæſtio, maximè apud prætorem in jure agitatam fuiſſe. Nam quòd judicis mentio nonnunquam fit, cujus autoritate jusjurandum præſtetur, id interpretabimur de prætore, per ea quæ ſuprà cap. 1. dicta ſunt. Prætor enim ita edicebat, EUM À QUO JUSJURANDUM PETETUR, SOLVERE AUT JURARE COGAM, l. jusjurandum 34. §. ait prætor, D. de jurejur. Reus igitur aut jurabit, aut ſi jurare nolit, ſolvere cogetur, ſed à quo? an à judice? non, ſed à prætore, d. §. ait prætor, imò verò etiam à judice, l. delata 9. C. de reb. cred. ſin autem Reus jusjurandum retulerit actori, hic verò jurare nolit, prętor judicium denegabit. Sanè in judicio etiam jusjurandum locum habebat, & interponebatur: ſed quoniam eo præſtito vel remiſſo Reus condemnabatur vel abſolvebatur, dubium nõ erat, nullam amplius ſupereſſe actionem, cùm ſententia in rem judicatam tranſierat: At cum juramento præſtito aliquando quæratur de actione actori aut exceptione Reo danda, id omne ad jusjurandum in jure præſtitum referendum eſt. Itaq; in judicio jurejurando ita controverſia deciditur, ut ſententiam judicis ſaltem declaratoriã accedere

dere neceſſe ſit: in jure verò etiam ſine ſententia. Utroq; autem controverſia omnis perimitur, ſed ut jam dixi, modo nō eodem. Ita autem perimitur, ut ex jurejurando quaſi quędam novatio introduci videatur. Sive enim actor ſive reus juraverit, jusjurandum illi quidē ad actionem, huic verò ad exceptionem proficiet, de qua utraq; pauca attingam. De actione ita loquitur Juſtinianus in §. item ſi quis, Inſt. de act. *Si quis*, inquiens, *poſtulante adverſario juraverit deberi ſibi pecuniam, quam peteret, neq; ei ſolvatur, ex jurejurando actio competit, ei qui juravit, per quam non illud quaritur, an ei pecunia debeatur, ſed an juraverit.* Hæc actio in factum dicitur, l. ſed ſi poſſeſſori, 11. D. de jurej. l. actori, C. de reb. cred. ob id opinor, quòd in ea quęratur magis quod factum ſit ritè, quàm quod factum ſit rectè, id eſt, an juratum ſit ita ut oportet, verè an falsò, nihil intereſt: eademq; utilis actio vocatur d. l. ſed etſi poſſeſſ. in fine, l. ſi duo, 13. §. 1. l. quod ſi juravi 29. D. de jurejur. quoniam datur ad ſimilitudinem judicati, ut loquuntur Impp. in d. l. actori, non tam ob id quòd jusjurandum vicem rei judicatæ obtineat, ut legitur apud Ulpianum in l. 1. D. quarum rerum act. non det. & actiones ad exemplum ſeu ſimilitudinem aliarum inſtitutæ utiles dicantur, ut conſtat ex l. locum, 17. in fine, D. de uſufruct. ideoque magis accommodari quàm dari putantur, l. quia actionum, 11. D. de præ-

Digitized by Google

præſcript. verb. l. 1. C. de inoffic. teſtam. quàm quòd actio judicati directa detur ex ſententia lata à judice in invitum, ſententia autem ex jurejurando non in invitum, ſed ad voluntatis partium placitum, l. cùm proponas, 6. C. de reb. cred. ſeu petitionem, ut loquitur Juſtinianus in l. pen. §. ſive autem, C. eod. Sed an, ſi quis ſibi ex cauſa aliqua deberi, aut rem ſuam eſſe juraverit, ex eadem cauſa de qua juravit actionem habebit? Ita quidem pleriq; ſentiunt. Ego unam duntaxat actionem, nempe utilem in factum ex jurejurando competere exiſtimo. Jurejurando enim exemplo judicati prior actio novatur, & unica cauſa cur debeatur ſupereſt hæc, nempe quoniam juratum ſit. Atq; hoc tot locis confirmatur, quot dicitur, dato jurejurando aliud non quæri quàm an juratum ſit: quod plenius tractavit Donellus in comment. de jurejur. c. 8. nu. 4. Huic tamen ſententiæ tria valdè obſtare videntur. Primum eſt l. ſi duo, 13. ſi quis juravit, & §. Marcellus, D. de jurejurando, ubi affirmatur ei, qui juravit ſe emiſſe, dari actionem non quidem novam ex jurejurando, ſed veterem ex emto: item ei qui juravit ſe pignori dediſſe, dari pignoratitiam. Sed diſtinguendum eſt jusjurandum præſtitum in judicio ab eo quod præſtitum eſt in jure. In judicio præſtitum, præſtitum eſt actione jam data, ex quo eſt quaſi judicati actio: In jure præſtitum, præſtitum eſt actione nondum

data,

data, imò judicio nondum conſtituto. Actio data novari poteſt, extingui poteſt: nòn etiam actio nondum data. At verò nos accipimus id, quod dictũ eſt, jurejurando præſtito ex eo tantùm actionẽ competere de jurejurando quod in judicio, non quod in jure prçſtitũ ſit. Verùm ex lectione d. §. ſi quis juraverit, & d. §. Marcellus, liquidò apparet, actionem ullam nondum fuiſſe datam. Itaq; mirum non eſt, cùm cauſa actionis ſublata non ſit prætorem actionem ex emto petenti & juranti ſe emiſſe, actionem dare ex emto ſecundum petitionem ejus: quod idem dicẽdum eſt de eo qui pignori dedit. Alterum eſt l. ſed ſi 7. §. ſi petenti, D. de public. in rem act. cujus ſpecies hæc eſt: Mihi petenti rem, quam poſſidebas, tanquam meam, tu jusjurandum detuliſti: juravi in judicio meam eſſe, ait Juriſconſultus competere mihi actionem Publicianam in rem, nec ullam actionis utilis ad exemplum judicati mentionem facit. Sed reſpondetur, actionem Publicianam non dari antequam res tradita ſit, & poſtea amiſſa. Ut autem res tradatur, agitur in factum ex jurejurando: ut verò res ex cauſa jurisjurandi tradita & poſtea amiſſa reſtituatur, tum demùm Publiciana competit: adeoq; actor rem primùm aufert actione in factum, tum deinde ſi eam amittat, recuperat Publiciana, quia ex jurisjurandi cauſa factus eſt non dominus, ſed bonæ fidei poſſeſſor. Tertium eſt, l. illud, 25. §. 1. D. de con-

K ſtitut.

ſtitut.pecun.unde vulgò colligunt, eum qui juravit ſibi conſtitutam fuiſſe pecuniam, de conſtituta pecunia nihilominus agere; ac proinde actionem vetere͂ remanere, etiamſi juratum ſit. Sed id ex illo paragrapho peſſimè colligitur, cujus ſenſus genuinus hic eſt, non conſtitui, niſi quod debetur: at ex jurejurando deberi, de eo autem quod debetur dari actione͂, cui conſequens ſit, ut id de quo actio eſt jurisjurãdi rectè conſtituatur, atq; adeò de eo actione conſtitutoria rectè agatur. Hoc poſtremum Donellus non attigit: priora duo una conciliatione abſolvit d.c.8.n.4. ut actio quidem revera ſit ex jurejurando, eò quòd ſolo eo nitatur, quia juratum ſit, ſed nominetenus fieri ut dicatur eſſe ex emto, pignoratitia & publiciana. At verò cur ita nominaretur, niſi revera etiã eſſet? Verba propter res ſunt invẽta, atq; has quæ illis denotantur, non alias accipimus. Et Juriſconſultorum prudentia indignum eſt dicere, actionem ita nominari, ſed eam actionem non eſſe. Atque tam facilè fuiſſet dicere, ex jurejurando actionem dari in factum vel utilem, atque dari ſeu competere actionem ex emto, pignoratitiam & publicianam. Et de actore quidem, qui juravit, hactenus: ſequitur videre de Reo. Quod ſi igitur actor Reo jusjurandum detulerit, isq; ſe non debere juraverit, omnis obligatio ipſo jure peremta eſſe cenſetur, ſive verè ſive falsò juraverit, eamq; ob cauſam actori adverſus

verſus

verſus jurātem, ejusvé heredem actio amplius non dabitur, niſi uno illo caſu, ſi ambigatur, an jusjurandum datum, id eſt, præſtitum ſit, néc-ne, ut tùm ſi agatur, exceptio jurisjurandi præſtiti opponatur, l. nam poſteaquam, 9. D. de jurejur. ad quem caſum omnia illa, quæ in libris juris de Exceptione jurisjurandi dicuntur, referenda eſſe arbitror. Ceterùm quin is actor, qui dominus eſt negocii de quo agitur, quiq; negociorum ſuorum adminiſtrandorũ jus habet atque poteſtatem, Reo ejuſmodi jusjurandum deferre poſſit, & quin Reus eo præſtito aut remiſſo liberetur, non eſt dubium. At verò procuratorem, ſi neq; univerſorum bonorum adminiſtrationem ſuſtineat, neque ſi idipſum nominatim ei à domino mandatum ſit, neque ſi in rem ſuam procurator ſit, jusjurandum deferentem audiendum non eſſe, Julianus ſcripſit, quem Ulpianus refert in l. aliâs autem 18. D. de jurejur. Cur autem audiendus non ſit, idem Ulpianus rationem ſubjicit hanc, *ne poſtea reus, qui ſemel juravit, à domino conveniatur.* Nempe ad duo leges reſpiciunt, Unum, ne juramentum præſtitum ſit ſine effectu: & alterum, ne perjuriis feneſtra aperiatur, atq; ſi perjurium commiſſum ſit, de eo amplius non quæratur. At verò ſi ad delationem jurisjurandi à procuratore factam Reus juraret, alterutrum horum fieri poſſet, nimirum ut aut jusjurandum ſine effectu conſtitueretur, ſiquidem

negocii domino adhuc liberum ſit agere, cùm jusjurandum non ſit delatum ab eo qui deferendi poteſtatem habuit, aut ut de perjurio ageretur, aut certè utrunque. Nam ut maximè Procurator de rato caverit, quid ſi dominus ratum habere nolit? Sanè domino liberum erit agere nihilominus: quid ſi dominus ea actione obtinuerit, Reus autem victus ex ſtipulatione contra procuratorem qui jusjurandum detulit, agere velit? ſanè judicio iſto aliud nihil arguetur, quàm Reum juraſſe quidẽ, ſed pejeraſſe, quorum hoc turpe eſt, illud neq; ex autoritate judiciorum, neq; ex parte jurantis ſatis tutum. Non igitur audiendus eſt procurator juramentũ deferens, ne tùm quidem, cùm etiam cautionem de rato offert. Verùm ponamus, Reus ad delationem procuratoris juraverit, ſed à domino eadem de re omninò, de qua juravit, conveniatur: an ipſi exceptio jurisjurandi, ſeu quòd juraverit, dabitur? quod mihi non eſt veroſimile. Quomodo enim cõtra eum excipiet, qui juramentum non detulit, qui deferri non mandavit, qui ratum non habuit, qui procuratori univerſorum bonorum adminiſtrationem non commiſit? & quænam jurisjurandi iſtius vires eſſe poſſint, quod perinde habetur, atq; ſi præſtitum nunquam fuiſſet? Si tamen Reus omninò exceptione illi uti volet, licebit utique, ita tamen, ut cogatur docere liquidò ſe juraſſe. At hoc modo Reus probandi onus, quod aliâs

acto-

actoris erat, in ſe tranſtulerit. Conſultius itaq; Reo fuerit, exceptionem ejuſmodi non opponere, ſed actionem à domino intentatam excipere, maximè quod veroſimile ſit ex eo, quòd procurator Reo jusjurandum detulerat, eum probationibus defeciſſe, cùm juramentum vix ac ne vix quidem quis delaturus ſit, qui probationibus ſeſe probè inſtructum & munitū noverit: atq; adeò ipſum etiam dominum probationibus defecturum, Reumq; abſolutum iri. Et hoc eſt, quod Ulpianus dicit, ſi dominus petet, cogi docere reum ſe liquidò juraſſe: ſed an caſu quovis? non opinor, ſed eo duntaxat, quo oppoſita eſt domino exceptio jurisjurādi, quod Ulpian. mihi ſatis expreſſiſſe videtur verbis ſequentibus, *poſita ſcilicet exceptione*: quaſi è contrario, ſi Reus exceptionem illam non opponat, non etiam cogatur docere liquidò ſe juraſſe. Quod ſi commodo jurisjurandi à ſe præſtiti uti volet Reus, ſanè leges hoc illi concedunt, hoc tamen incommodo, ut doceat liquidò ſe juraſſe. Nam ſimpliciter docere ſe juraſſe nō ſufficit, nec relevat, ſed Exceptio ita demūm eū relevabit, ſi docuerit liquidò ſe juraſſe. Sed quid hoc eſt, *liquidò ſe juraſſe?* Accurſius exponit, *liquuidò*, id eſt, *apertè, ſcilicet, quòd non debeat*: quam interpretationem confirmare videtur iſte quem ex Demoſthene locū citavit Cujac. lib. 5. obſ. c. 33. ubi σαφῶς dici videtur, quod hic liquidò, id eſt, clarè, dilucidè, perſpicuè.

 Hanc

Hanc Accurſii interpretationē ſequuntur pleriq; omnes, ut ſenſus ſit, cogi Reum docere apertè & perſpicuè ſe non debere, quemadmodum etiam ſe minimè debere juraverit: ſed eam Fr. Duarenus lib. 1. diſp. c. 2. exagitat, & mavult vocem, *liquidò*, idem ſignificare quod *verè*, quod Eguin. Baro in manual. ſuis ita accipit, ut is qui liquidò ſe juraſſe docet, id doceat juraſſe ſe verè nec debitum fuiſſe, cùm ceteroquin domino deferente jusjurandum ſatis ſit juratum eſſe, nec quæratur verè an falsò. Hanc Duareni expoſitionem Johan. Robertus lib. 3. ſentent. cap. 2. Accurſii gloſſam defendens improbat. Verùm enimverò utriuſq; illius expoſitionis diverſitas in verbis magis quàm in reipſa mihi eſſe videtur. Quid enim ad rem intereſt, apertè an verè juraſſe dicatur, cùm in eo conveniat omnibus, Reum cogi docere ſe juraſſe, quod revera non debeat? Nam quod ad verba attinet, abſurdum non eſt, verum quid eſſe, quod tamen non ſic apertum aut manifeſtum, ſed verum eſſe probationibus apertum aut manifeſtum faciendum ſit. Non autem ſatis eſt probare non deberi, ſed oportet etiam id doceatur liquidò ſeu manifeſtò, ut ex probationibus evidentibus conſtet etiam, non ex juramento duntaxat revera non deberi. Cogitur itaq; docere Reus, liquidò ſe juraſſe, id eſt, quòd nō debeat, nō tam ob id quòd ſe non debere juraverit, quàm quòd ex probationibus legi-

legitimis conſtet, quòd omninò non debeat. Nihil enim impedit, aliquid non deberi propterea quòd juratum ſit, ut tamen idem revera debeatur, quandoquidem juramento civilis tollitur obligatio, quatenus civilis eſt, manente eo quod eſt naturale. Quare liquidò, id eſt, apertè juraſſe, ad modum probandi debitum pertinet: ſed liquidò, id eſt, verè juraſſe ad debitum ipſum quod apertè & manifeſtò probandum ſit. Ex quo non ineptè illi, qui utranque illam interpretationem conjunxerunt, & liquidò jurare illud eſſe dixerunt, quod eſt jurare verè, & aperta ac manifeſta veritate. Eandemq; Accurſii mentẽ fuiſſe arbitror, eò quòd nõ ſimpliciter interpretatur, *liquidò, id eſt, apertè*, ſed addit, *ſcilicet quod non debeat*. Id verò eſt ita apertè juraſſe, ut juraverit etiã verè. Qui autem vocem *liquidò* ad probandi duntaxat modum, qui apertè ac manifeſtò faciendus ſit, referunt, næ illi interpretationem faciunt ejuſmodi, ut ex ea vox *liquidò* potius conjungenda ſit cum verbo *docere*, quàm cùm verbo *juraſſe*, idq; re ipſa faciunt, qui verba textus ita reddũt paraphraſticè, cogi reum docere apertè & perſpicuè ſe non debere, quemadmodum & ſe minimè debere juraverit. At verò hoc præter mentem eſt interpretum. Nam communiter eò itum eſt, ut extra omnẽ dubitationem poſitum eſſe videatur, vocem *liquidò* cum verbo *juraſſe* conjungendam eſſe. Non tamen ineptè

Digitized by Google

meò quidem judicio tentaverit quis vocem *liquidò* cõjungere cum verbo *docere*, ut poſt vocem *liquidò* ponatur diſtinctio, & poſt eam legatur ſe juraſſe, ſed an ſimpliciter ſe juraſſe? minimè, ſed juraſſe ſeſe, cùm antea, nempe in proceſſu illo, in quo juratum erat, exceptionem in jure fundatam actioni intentatæ oppoſuiſſet, eandemq́; in facto probaſſet, ut ita vox *poſita* cum effectu accipiatur, & ſenſus ſit, ita demum reum qui ad delationem procuratoris juraverat, abſolvi ab actione à domino de novo intentata, ſi liquidò docuerit & probaverit duo, unum ſe juraſſe, alterum ſe exceptionem à ſeſe actioni oppoſitam legitimè probaſſe. Atque utrunq; hoc ſi probaverit, quid mirum Reum abſolvi? Non enim tam juramentum ſpectatur quàm probatio Exceptionis, qua actio eliditur, cujus probatio tantò eſt fortior, quòd ad eam etiam jusjurandum acceſſerit. Imò verò ut juramentum non acceſſiſſet, abſolvi tamen Reus debuiſſet. Non ineptè, inquam, forſitan quis ita tentaverit, affirmare tamen hìc nihil auſim. Pręterquam enim quòd formula illa *liquidò jurare* veteribus in uſu fuerit, ac veroſimiliter exinde huc tranſlata, valde mihi ſuſpecta eſt in Digeſtis phraſis illa *docere liquidò*, aut *probare liquidò*, nec memini ullum locũ in iſtis, quibus Juriſconſulti ita locuti ſint, niſi quis manũ Triboniani Ulpiano admotam eſſe, quod compluribus locis aliis factũ eſt, dicere velit. Nam

Impp.

Digitized by Google

Impp.& Triboniani tempore dictionem illam in multo uſu fuiſſe oſtendunt hi Codicis loci, l.2.C.de petit.hered.l.2.C.de jure dot. l.1. C.de teſtam. milit. l.1. C. de privileg.fiſci, & illi quibus *probatio liquida* dicitur,l.ſi quis teſtib.C.de teſtib.l.ſi tutor petitus,C.de peric.tut.& curat. l.2.C.qui teſtam.fac.poſſ.In Digeſtis ſanè *liquidò compertum eſt* uno loco inveni in l.Divus Marcus 14. D.de offic. præſid. ſed ſunt illa conſtitutionis non Juriſconſulti verba,& præterea ad effectum probationis,non ad probationem ipſam, de qua nunc ſermo eſt, directa. Sed ut maximè vocem *liquidò* cõjungamus cum verbo *juraſſe*, idem tamen omninò ſenſus non incommodè inde elicietur,& tùm interpretationem Duareni Accurſiana veriorem eſſe apparebit, ſi utraq; inter ſe comparetur, & alterutra ſequenda ſit. Quid enim ſit *liquidò jurare*, ipſe Ulpianus ſatis interpretatus videtur, ut liquidò juraſſe dicatur *poſita ſcilicet exceptione*, ſed quali? non utiq; jurisjurandi,ſed exceptione ad eliſionem actionis initio à procuratore, poſtea verò à domino intentatæ comparata. Duo igitur Reus adverſus dominum deducet, unum quòd juraverit, alterum quòd fecerit id liquidò, id eſt, quòd præterquàm quòd juraverit, exceptionem à ſe oppoſitam etiam legitimè probaverit, atq; ita non oppoſuerit duntaxat,ſed etiam poſuerit & confirmaverit: quæ exceptio etſi confirmata & probata ſatis fue-

rit, jurejurando tamen etiam ex abundanti ſit aſſerta. Ita liquidò juraſſe ſe dicit, id eſt, juramentum eſſe præſtitum, quod nitatur liquidis & legitimis probationibus, ut liquidò probare aliud nihil ſit, niſi probatò jurare. Juravit igitur Reus ſuper exceptione oppoſita, & legitimis probationibus deducta, quam exceptionem ſi liquidò probatam eſſe Reus docuerit, abſolvetur, non propterea quòd juratum antea fuerat, ſed quia exceptio erat probata, & probata jurejurando confirmata: ſin minus, condemnabitur, ut maximè antea juraverit, quia exceptionem ſuam non probaverat.

Literas neſcire quid ſit. ubi explicatur l. 6. in fine, D. de excuſat. tut. & §. ſimiliter, Inſtit. eod.

CAP. IIX.

MUNERA publica detrectari, nec poſſunt nec debent. Id enim ſi liceat, non erunt, qui munera neceſſaria in rebus publicis obeât, l. 1. D. de vacat. & excuſat. mun. In eorum autem numero eſt tutela, l. ȣ μόνον, §. is qui, D. de excuſ. tutor. l. filiusfam. 9. D. de his qui ſui vel al. jur. ſunt. Cogi igitur quis poteſt, ut tutor ſit, & tutelam adminiſtret, l. ſi quis magiſtratus, 9. D. de mun. & honor. l. 3. C. de ſuſpectis. Sed quod jus detractari noluit, ab eo conceſſit, ut ſeſe quis excuſare poſſit. Quibus autem modis, aut ex quibus cauſis à tutela quis ſe excuſare poſſit, expoſitum eſt ſub rubr. ff. C. & Inſtit. de excuſat. tutor. & curat. Inter eos modos an à jure relata

ſit

ſit ἀγχαμμαλία, qua voce Ælianus utitur, hoc eſt, literarum imperitia, aut, ſi per Latinos ita nobis loqui liceret, literarum penuria ſeu carentia, videndum eſt. Paulus Juriſconſult. relatus à Modeſtino in l. ἐὰν δύο, 6. in fine, D. de excuſat. tutor. ſcripſit: Ejus qui ſe neget literas ſcire, excuſationem accipi non debere, ſi modò non ſit expers negociorum. At Juſtinianus Imp. in §. ſimiliter, Inſtit. eod. ait, eos qui literas neſciunt excuſandos eſſe, D. Pium reſcripſiſſe, quamvis & imperiti literarum poſſint ad adminiſtrationem negociorum ſufficere. Qui duo loci inter ſe collidi videntur, ut id quod in quæſtione poſitum eſt, à Paulo & Modeſtino negari, à D. Pio & à D. Juſtiniano affirmari videatur. Accurſius & communis Interpretum ſchola æquius eſſe putant, ut ſecundum Pauli ſententiam D. Pii reſcriptum intelligatur, nimirum ut illiterati excuſentur non omnes indiſtinctè, ſed qui negociorum ſint expertes, cogendis etiam iis illiteratis qui aliorum negocia aut ſua rectè adminiſtrare cognoſcuntur. Illiteratos enim ſi uſu rerum periti ſint, ſufficere poſſe ad negociorum adminiſtrationem, Dd. communiter aſſeverant in l. certi, D. de judic. per l. expertis, C. de decurion. & l. final. C. de juriſdict. omn. jud. Cujacius noſter in commen. ſuo ad l. 6. in fine, D. de excuſat. tut. idem ſtatuit, quòd illiterati excuſentur negociorum expertes, negociorum periti non excuſentur: veruntamen

ab

ab eadem ſentẽtia mox recedere videtur, dum ait, videri D. Pium illud mutaſſe in d. §. ſimiliter, ut cùm ante eum, ſicut dixi, diſtingueretur, poſtea ex ejus conſtitutione indiſtinctè illiteratus quivis, ſive peritus ſive expers ſit negociorum, excuſationem mereatur, eò quòd neceſſaria ſit literarum ſcientia ad rationes conficiendas, ut in paupere & ruſtico quidem diſtinctione utamur, non in illiterato: quam opinionem amplectitur doctiſſimus Gothifr. in ſuis ad §. fin. notis, ubi cum in textu aſſeritur excuſationem accipi non debere, ipſe addit, hodie recipi per d. §. ſimiliter. Verùm quò minus Cujacio aſſentiar, facit, quòd Paulum JC. non ante, ſed diu poſt D. Pii tempora ſub Alex. Imp. vixiſſe hiſtorię me docuerint, ut è contrario dicendum potius videretur, ſi omninò quid mutatum eſſe quis urgeat, id quod à D. Pio ſimpliciter reſcriptum erat, poſtea mutatum eſſe, & cùm ex Conſtit. D. Pii omnes illiterati excuſarentur, ſucceſſu temporis invaluerit, ut illiterati excuſarentur quidem, ſed non omnes & quivis, ſed illi tantùm, qui negociorum etiam expertes eſſent. Atq; à D. Pio hac in re nihil eſſe immutatũ ipſe Juſtinianus diſertè ſatis expreſſiſſe videtur in d. §. ſimiliter. Indiſtinctè enim dicit D. Pium reſcripſiſſe illiteratum excuſandum eſſe: atq; hæc eſt regula, ut Pacius Juriſc. doctiſſimus, amicus meus, annotavit. Exceptio autem regulæ huic protinus ſubjicitur, *quam-*

vis

vis & imperiti,&c. quæ exceptio non ex reſcripto D. Pii eſt, ſed ex ſententia & diſtinctione Pauli ſuprà relata deſumta, quã Juſtin. illis verbis approbat. Reſcriptum ergo D. Pii non ex mente D. Pii, ſed ex mente Juſtiniani ſecundũ diſtinctionem Pauli accipiendum eſt, & ineptè illi qui ex d. §. ſimiliter, excuſationem imperitię hodie recipi ſcribunt, cùm eadem recipiatur ex d. §. fin. Ante Paulum igitur ex reſcripto D. Pii illiterati quivis excuſabantur: tempore Pauli illiterati expertes literarum & negociorum excuſabantur, illiterati autẽ expertes quidem literarum, ſed periti negociorum nõ excuſabantur: eamq; diſtinctionem Paulus in comment. ſuum retulit, & Juſtin. in Compilatione Digeſtorum & Inſtitutio. approbavit. Ita D. Pius ſolam poſuit regulã: Paulus ſolam exceptionem: Juſtinianus utranq;. Qua interpretatione admiſſa Paulo cum Juſtiniano perbellè convenit. Non ignoro Weſemb. virum pręſtantiſſimum in d. §. ſimiliter, verba iſta, *quamvis & imperiti literarum poſſint ad adminiſtrationem negociorum ſufficere*, ita interpretari, ac ſi imperiti literarum, etſi negociorum periti ſint, excuſentur à tutela ipſa, quia in hac confici inventarium & conſcribi rationem neceſſe ſit, veruntamen à procuratione negociorum non excuſentur, eoq; reliquis tutoribus velut adminiſtri adjungi poſſint. Verùm interpretatio illa, tanti viri pace hoc dixerim, nullo juris textu ſubnixa eſt.

Nam

Digitized by Google

Nam quòd ad illius probationẽ affert l. Athletæ, 6. in fine, D. de excuſ. tut ejuſmodi eſt, ut interpretationem iſtam potius convellat. In loco enim modò dicto quæritur non de excuſatione, quam habeant imperiti literarum à negociorũ procuratione, ſed de excuſatione, quam habent tutores vel curatores dati à tutela vel cura, propterea quòd literarum imperiti ſint: & de his dicit Paulus, quòd non excuſentur, intellige à tutela vel cura, ſi modò non ſint expertes negociorum, ut ex eo conſtet, quòd reliquis tutoribus nõ velut adminiſtri adjungantur, qui negocia tantùm procurent, ſed ipſi tutores ſint & maneant excuſatione non accepta. Et ſanè niſi hoc ita accipiatur, tutor vel curator illiteratus omni caſu, ſive peritus ſive expers ſit negociorum, excuſationem habebit à tutela vel cura, quod contra mentem & verba eſt tam Pauli, quàm Juſtiniani, qui diſtinctionẽ admittunt, quam Cujacius & Weſembecius perperã repudiant. Sed nec ratio quam uterq; attulit ejuſmodi eſt, ut à ſententia noſtra nos dimovere debeat. Nam ſi omninò neceſſe eſt inventariũ confici & rationem conſcribi, eaq; eſt ratio, ut literarum imperiti ſine ulla diſtinctione excuſentur, cur non ob eandem rationem ipſo potius jure tutela & cura non valet? Quid enim ſi imperiti literarum tutores vel curatores dati ſeſe non excuſaverint? annón eo caſu fatebuntur illi, etiam imperitos literarum tutores vel cura-

curatores fore? Si autem tutores vel curatores eſſe poſſunt, ut eſſe poſſunt, ſi ſeſe non excuſaverint, ex ratione illa id quod volunt illi, non efficiunt: præſertim cùm rationi illi alia via ſatisfieri queat. Nam ut Inventarium quidem à tutoribus vel Curatoribus conficiendum ſit, id tamē licet faciant ipſi per ſe vel per Notarium, qui eo caſu imperitiā ipſorum peritia ſua ſuppleat: ut autem rationes conſcribi neceſſe ſit, an ullo juris textu id probari poſſit, neſcio, atq; ut omninò & iſtud neceſſe ſit, cur nō æquè fieri illud poſſet per alium, ſiquidē confectio rationum tam difficilis non ſit, quàm negociorum procuratio? Nam valdè probo, quod Duaren. ſcribit lib. 1. diſp. c. 3. imperitum literarum, ſed negociorum peritum vicaria amicorum opera aut miniſtrorum in commentariis ſuis & ephemeridibus conſcribendis uti poſſe, ſicut fit in Inventario ab herede faciendo per l final. §. ſin autem dubium, C. de jure delib. ſin autem quid ob imperitiam ſuam ſecus in conficiendo inventario aut conſcribendis rationibus fiat, eſt quòd tutor vel Curator ſibi ipſi hoc imputet, cum eo ipſo, quòd ſe non excuſavit, induſtriam ſuam profeſſus ſit, aut certè peritiores cōſulere debuerit. Unde verò probabitur imperitos literarum adjungi poſſe tutoribus & curatoribus ut adminiſtros? cur imperiti literarū adjungentur literarū & fortè etiam negociorū peritis? & cur nō periti potius peritis adjungentur, ſi adjunctio

junctio ulla hoc caſu facienda eſt? & ſi omninò adminiſtri duntaxat ſunt, cur æquè atq; tutores & Curatores ipſi ex adminiſtratione & procuratione ſua tenentur, neq; meliori jure partim ob id quòd imperiti ſunt, partim quòd ſunt nudi adminiſtri, & non tutores vel Curatores ipſi, utuntur? & cùm adjuncti illi non ſint tutores vel Curatores, unde probabitur eos à negociorum procuratione ſeſe excuſare non poſſe? Nam ſi à tutela & Cura quis excuſare ſe poteſt, quæ tamen munera ſunt publica, cur non etiam à procuratione negociorum, quæ privati eſt muneris, ad cujuſmodi munus ne invitus quidem cogi poteſt, ut adeò excuſatione opus non ſit. Et valdè, meo quidem judicio, ridiculū eſt, in tutore & Curatore conſtituendo majorem haberi literarum peritiæ rationem, quàm peritiæ adminiſtrationis, cùm potiſſima tutelę & Curæ pars in recta negociorum adminiſtratione poſita ſit, minima aut ferè nulla in literarum peritia. Nam & aliâs quàm inepti plerunque ſint negociis adminiſtrandis literarum periti, notiſſimum eſt, ut non abs re Fr. Balduin. in d. §. ſimiliter, ſcripſerit, non ineptè fortaſſis nos dicturos negociorum imperitos excuſari, quamvis literarum non ſint imperiti. Sic itaq; ſentio, imperitos literarum tutores vel curatores eſſe poſſe. Si enim eſſe non poſſent, quid excuſatione illis eſſet opus? at eo ipſo, quòd ſeſe excuſare neceſſe habent tutores vel Curatores

eſſe

eſſe poſſunt, cum ſi ſeſe non excuſaverint, tutelæ & Curæ onera omnia atq; univerſa eos ſubire omninò oporteat. Atq; idem conſuetudine, quæ legis interpres eſt optima, receptũ eſt. Veruntamen imperiti ob imperitiam excuſare ſeſe poſſunt, per d. §. ſimiliter: ſed an ob imperitiam ſolam? Ita quidem ex conſtitutione D. Pii: non æquè ex ſententia Pauli & Juſtiniani, ſed ex ea ita demùm, ſi præterquam quòd ſe literarum imperitos eſſe docuerint, ſimul oſtenderint, ſe negociorum adminiſtrandorum etiam imperitos eſſe, cùm vel maximè in tutoribus & Curatoribus peritia negociorum adminiſtrandorum requiratur. Hoc verò cùm conſtitutioni D. Pii deeſſet, Juſtinianus ex Paulo ſupplevit, his verbis: *quamvis & imperiti literarum poſſint ad adminiſtrationẽ negociorum ſufficere.* Hæc interpretatio gloſſę cùm nihil habeat abſurdi, nihil quod in juris principia impingat, nihil quod textuum contrarietatem, quę omni ſemper ſtudio qualicunq; etiam interpretatione admiſcenda, vitanda eſt, inducat, non video cur ſequenda non ſit: cùm præter hæc omnia, l. expertes, C. de decurio. lib. 10. nos edocuerit, nihil prohibere literarum imperitos, Decurionis etiã munera peragere, ſi modò rerum ſint periti. Sicut enim in decurionibus facultates magis ſpectamus, quàm eruditionẽ literarum, ut ibidem annotavit Cujacius, ita in tutoribus & Curatoribus peritiam adminiſtrandorum

negociorum potius ſpectamus, quàm peritiam literarum. Quin autem literas neſcire in d.§.final.& in d.§.ſimiliter, intelligendi ſint illi, qui prorſus literas neq; legere neq; ſcribere norũt, id puto eſſe extra controverſiam. Nam idem etiam demonſtrat vox Græca ἀγράμματος, qua utitur Modeſtin.in d. §.final. quæ ſi verbum ex verbo exprimas, Illiteratum ſignificat, id eſt, eum qui omninò rudis eſt, omniumq́; literarũ expers, quem Juſtinian.Nov.44.c.1.vocat γραμμάτων ἀνεπιστήμονα, & Novel.74.c.8. γράμματα οὐκ ἐπιστάμενον: eodemq́; ſenſu literarum ignorantia &literas ignorare in l.ſed ſi pupillus, §.proſcribere, D.de inſtitor.action.accipitur. Eſt tamen cùm literas neſcire dicitur is, qui ſcribere neſcit, ſciat autem legere, ut in l.3. §.item ſubſcribere, D.de accuſat. quod alii quidem interpretantur de eo qui literas omninò neſciat, verùm ut ultra eum qui ſcribere neſciat, extendamus ad eum qui etiam neſciat legere, neceſſe nõ eſt, neq; ut id fiat, pro ratione ſubjectæ materiæ opus eſt, quemadmodum etiam literas neſcire dicitur qui ſcribere neſcit, in l. hac conſultiſſima, C. de teſtam. atq; ita literarum imperitum accipio in l.jubemus, & in l. noſtram, C. de teſtam.& literarũ imperitos in d. l. hac conſultiſſima,& in auth.ſed novo, C. ſi cert. pet. & literarum ignarum in l.fi.§.ſin autem dubius, C.de jure delib vel ignorantem,in l.fin.C.de teſtam. & in d. l.hac conſultiſſ. Ceterùm his qui literas

neſciunt

neſciunt opponuntur literas ſcientes, ſive illiteratis literati: eſt tamen in ea oppoſitione aliqua diverſitas. Literati enim dicuntur, qui utrunq; ſciunt, & legere nimirū & ſcribere, non etiam qui alterutrū tantùm. Nam vix eſt, ut qui peritus eſt ſcribendi, non etiam ſit peritus legendi, adeoq; qui legendi quidem eſt peritus, ſed ſcribendi imperitus, literarū imperitus dicitur. Literarum igitur peritus eſt is qui prꝗterquàm quod legere poteſt, poteſt etiam ſcribere Atq; is literas ſcire dicitur in d.l.6.§.fin.& in l.diſcretis, C.qui teſt. fac. poſſ. & literatus, d.l. hac conſultiſſ.& d.l.final.C.de teſtam.& literas edoctus, in auth.quod ſine ſubſcript. C eod. & literarum ſciens, in d. l. fin. atque de hac literarum ſcientia accipienda eſt in l. pater quoties 93.§.1.D.de acq.vel omit. hered. & peritia literarum in d.l.fin.C.de teſtam. Verùm enimverò cùm illi, qui ſtudiis liberalioribus operam dederunt, opponuntur his, qui legere & ſcribere quidem ſciunt, ſed iſtorum rudes ſunt & ignari, rectè etiam literarum imperiti dicuntur, verùm id non omninò & ſimpliciter, ſed comparatione duntaxat ad illos facta. Illi enim cum præterquā quòd literas legere ſciunt & ſcribere, ſtudia etiā literarū calleant, hi ad illos comparati literas neſcire putātur, quemadmodum ſi hi, qui legere tantùm poſſunt & ſcribere, cōferantur cum iſtis qui neutrum poſſunt, literarum periti rectè dicuntur. Qui igitur legere &

 ſcri-

Digitized by Google

ſcribere tantum poſſunt in medio poſiti ſunt inter illos qui neutrum poſſunt,& qui utrunq; quidem poſſunt, ſed cum utroq; illo ſtudio etiam literarũ conjunxerunt. Quòd ſi nunc quæratur de curatore & tutore dato, ſed literarum imperito, reſpondeo imperitum literarũ quocunq; modo tutorem vel curatorem datum ſeſe excuſare nó poſſe, ſi modò negociorum administrandorum peritus ſit: quod ſi literarum imperitiæ conjuncta ſit imperitia negociorum adminiſtrandorum,ipſo quidem jure tutorem vel Curatorem eſſe,ſed excuſationem ſuam ob hanc imperitiam ſi legitimè proponat, admittendam eſſe. Inter ea verò munera quæ literarum peritiam requirant, nuſquam tutela vel cura relata eſt: conſultius tamen eſt tutores vel curatores ejuſmodi conſtitui, qui & negociorum adminiſtrandorum & literarum eam quæ in legendo & ſcribendo ſit peritiam habeant. Sunt autem munera ſive officia, in quibus obeundis ut quis maximè ſummam negociorum adminiſtrandorum peritiam habeat,literarum peritia ſublimior etiam requiratur. Ita in aſſeſſore peritia literarum deſideratur, l.1. D. de offic. aſſeſſ. l.1. C. eod. ita in magiſtris ſtudiorum & doctoribus,l.Magiſtros,7.C.de profeſſor.& medic.lib.10 ita in patronis,l.1.C.de poſtulando. An etiam in judice? Quod Accurſius & poſt eum Doctores communiter negant in l. certi juris, C. de judic. per textum illum, Joh.Faber

autem

autem ad d. §. ſimiliter, affirmat, contendens literarum imperitum & ignarũ juris atq; legum judicem eſſe non poſſe, quem ſequitur Johan. Coraſius lib. 5. Miſcell. cap. 19. idemq; ferè docuit Johan. Robert. lib. 3. ſentent. cap. 3. tametſi quod generalius illi in extremis ſtatuerant, hic diſtinctione quadam judicum temperat, quam deſumſit ex Nov. 82. & eſt diſtinctio illa hujuſmodi, ut ſi judices ſint, quibus ex magiſtratus ſuſcepti officio non tantùm controverſias & lites dirimere, verùm etiam alia munia Reipubl. adminiſtrationi cõducentia exequi incumbit, iis legum imperitis eſſe liceat, quòd alia magis in re, quæ magiſtratui illi annexa eſſet, utiles eſſe crederentur: ſin autem ſint judices, quibus hoc duntaxat oneris imponitur, ut controverſias & lites dirimant, iis imperitis eſſe non liceat. Eandem diſtinctionem ſecutus eſt Cujacius in expoſitione d. Nov. 82. & magiſtratum quidem judicem eſſe poſſe imperitũ exiſtimat, ſed vult ut is adhibeat aſſeſſores peritos *νόμων ϗ πείρας*, judicem verò pedaneum indiſtinctè omnem peritum eſſe debere legum & morum. Franc. Hotomannus quæſt. illuſtr. 26. in fine diſtinguit paulò aliter, ut judex quidem major imperitus judicis officio fungi poſſit, ſi conſiliarios adhibeat, judex autem etiam pedaneus literarum imperitus adhiberi poſſit, ſi is à JC. conſilium expetiiſſet. Cui diſtinctioni Hotomani Robert. non aſſentitur, eò quòd Juſtin.

Digitized by Google

nolit judices pedaneos judicandi formulas aliunde emendicare. Sed puto Hotomanũ reſpexiſſe tempus ſupradicta Novella Juſtiniani anterius, quo in uſu adhuc erat, ut judices Juriſconſ. reſponſa efflagitarent, quomodo ipſe ſeſe ad finem quęſtionis illius 26. interpretari videtur: Robertum autem & Cujacium tempus quod Novella illa fuit poſterius ſpectaſſe: atq; ea ratione tam illius quàm horũ diſtinctionem eſſe veriſſimam. Quod idem attigit etiã Cujac. lib.2 .obſ c.ult. Qui in ea ſunt ſententia, quòd prætor magiſtratúsve populi Romani non judicaverit ipſe, ſed judicandæ rei judicẽ ſemper dederit, næ iſti diſtinctione hac uti nequeunt: aut ſi utantur, per conſequens prætorem etiam magiſtratúmve judicẽ eſſe potuiſſe, imò verò etiã judicaſſe fateantur neceſſe eſt, id quod primo capite effecimus. Eſt igitur ut in extremis hęreant, neq; video, qua ratione ex d. Nov.82. ſeſe expediant. Nam ante Juſtin. Novel. conſtitutionem judicẽ ex legibus & moribus approbatis ſententiam ferre debuiſſe, atq; de ita judicando juramentũ à judice pręſtandum fuiſſe, §.1. Inſtit. de offic. jud. extra omnem eſt controverſiam: cui hoc addo, licuiſſe judici cuicunq; vel per ſe vel per alium ſententiam ferendam concipere, quæ ſententiæ Juriſconſ. Reſponſa dicebantur, hodie Sapientum aut prudentum conſilia. Quod cùm ita ſit, mirum non eſt, ſi ante Juſtiniani conſtitutionem judicibus quibuſvis

vis imperitis eſſe licuerit, id quod ex l. 2. D. quod quiſq; jur. in alium ſtatuerit, colligitur, idemq; apertiſſimè principiũ d. Nov. 82. confirmat, ex quo cõſtat, deputatos fuiſſe à Zen. Imp. judices etiam legum ineruditos, neq; cauſarum habentes experimentũ. At verò poſt Juſtiniani conſtitutionem ex ipſa judex & ſecundũ leges morésve judicare, & ſententiam cõcipere ipſe debet, ac proinde legũ morúmve imperitus eſſe nõ debet, quod ex ejuſdem Novellæ principio luculenter ſatis apparet, eo tamẽ cum moderamine, ut ſi magiſtrat⁹ eſt, cujus juriſdictioni ineſt judicare, is aſſeſſores habeat, qui peritia ſua imperitiã ipſius ſuppleant, id eſt, ut aſſeſſorum, qui judices ipſi nõ ſunt, ſed conſiliarii judicum, peritia ſit peritia judicis: ſi verò judex eſt pedaneus, is per ſe ipſum peritus ſit, aut ad judicandi munus nõ admittatur. Tribuitur hoc magiſtratus dignitati & autoritati, quæ in judice pedaneo nulla eſt, ut cujus autoritas omnis ab eo qui ipſum dedit dependet. Et verò magiſtratus Romanorum pleroſq; viros fuiſſe militares, antiquitates ipſorum & hiſtoriç edocuerunt. Nam quòd judices militares à Civilibus in Codice diſtinguuntur, id non ex perſonis ipſorũ fit, ſed ex perſonis litigantibus, & cauſis de quibus apud hos vel illos litigabatur. Erant enim magiſtratuum civilium & militarium juriſdictiones ex cauſis ſuis diſtinctæ, quæ confundendæ non erant. Atque ad militares illos

 dun-

Digitized by Google

duntaxat, non etiam ad civiles pertinet d.l.certi juris, in qua judicium illorum peritia juris non requiritur, ſed facti: & fieri poteſt,ut diuturno rerum uſu experientiaq; etiam is qui omninò rudis literarũ aliâs eſt,rerum ſit ſcientiſſimus. Non enim literarum peritiam Imperator deſiderat, ſed peritiã rerum. Ex quo Angel. Aret.in d.§.ſimiliter,n.1.infert,quòd nobiles & alii negociorum ac rerum experti, licet ſint ignari literarum, poſſint eſſe rectores terrarum, & habere adminiſtrationẽ officiorum. Nam aliâs etiam, ut maximè literarum peritus quis eſſet, rerum autem imperitus ad judicandum non admitteretur, quod ex d.l.certi juris, nõ obſcurè colligitur. Hinc eſt quòd inter eos qui judices dari prohibentur, nuſquã reperiatur referri illiteratos. Illud ſanè facilè conceſſerim, eum qui omninò literarum imperitus fuerit, judicem eſſe non potuiſſe, ob id quòd judex ſententiam per ſe ipſum ex periculo ſeu libello publicè partibus legere & recitare debuerit, quod præterquam jure civili ſub eo tit. Codicis, qui eſt de ſententiis ex periculo recitandis, expreſſum eſt, jure etiam Pontificio approbatur in cap. final. de ſentent. & re judic. in 6. Excipiuntur tamen præfecti prætorio & alii, qui illuſtrem adminiſtrationem gerunt, veluti quæſturam aut præfecturam urbi,aut magiſterium,& omnes viri illuſtres, qui nullam in Republ. adminiſtrationẽ gerunt, ſed fortè ad ſpeciem

ciem aliquam à principe judices delegati ſunt, qui per officialem ſuum aut præconem ſententias recitare poſſunt, l. 2. C. de ſentent. ex peric. recit. ubi Cujac. in parat.

De emendatione l. ſi is cum quo 20. D. communi divid. CAP. IX.

SI *is, cum quo*, inquit Pomponius, *fundum communem habes, ad delictum non reſpondit, & ob id motu judicis villa diruta eſt, aut arbuſta ſucciſa ſunt, &c.* Ita Florentiæ legitur, cui lectioni primus omnium manus admovit Franc. Duarenus lib. 1. diſput. c. 4. & pro *delictum* contendit legendum eſſe *delectum*, idq; aliquot exemplis illuſtrat. Johan. Robert. lib. 3. ſent. c. 4. & ipſe à lectione Florentina recedens, vulgatamque quæ habet *ad edictum*, defendens, emendationem illam improbat, quem ſequitur Jac. Rævard. lib. 1. var. c. 7. addens, ſi legendum non ſit *ad edictum*, rectius tamen Florentiæ legi *ad delictum*, quàm ut Duarenus emendavit, *ad delectum*, quippe quòd ad delictū & ad edictum non reſpondere in effectu ſint eadem. Cujacius Duareno aſſentitur lib. 13. obſ. c. 29. niſi error aliquis typographi ibi inſederit, *delectum* pro *dilectum* ſcribentis, quod mihi veroſimile fit ex ejuſdem Cujacii obſerv. lib. 6. c. 7. ubi teſtatur in pandectis Florentin. *dilectum* non *delectum* ſcribi, idq; approbat, omneſq; omnium autorum libros manuſcriptos ſic habere ſemper, & Feſtum confirmare ait. Quæritis, quid

Digitized by Google

ſentiendum ſit; Id nimirum quod maximè eſt veroſimile. Nam ad ſummam rei nihil intereſſe puto, quomodocunq; legeris. Quævis enim lectio ſenſum habet nō incommodum, ſecundum eas, quas aſſertores cujuſq; afferunt interpretationes. Maximè autem veroſimilis mihi videtur Duareni lectio, qui magnum ſibi habet παραςάτην Cujacium. Conſtat utrunque & Duarenum & Robertum à lectione Florentina receſſiſſe: ea autem veroſimilior eſt quę ad eam proximè accedit, & quam proximè à voce delicti abeſt. At ea eſt vox delectus, vel ut Cujac. mavult, dilectus. In proclivi enim eſt literarum tranſpoſitio, quæ multis aliis locis accidit, earundémve inter ſe commutatio. Si igitur delectum legas, mutatio eſt literæ unicæ, ſi dilectum, literarum i & e tranſpoſitio, cùm ſecundum lectionem Roberti litera una prorſus tollatur, alia verò etiam immutetur. Atq; hujuſmodi eſt lectio legis iſtius, ſenſus autem talis: Militiæ munus detrectare inhoneſtum habebatur. Itaq; apud veteres ſi militiæ cauſa citatus à Tribuno militis, ut opinor, qui, ut ex Livio conſtat, militum dilectum habere ſolebat, non reſponderat, in cenſum redigebatur, id eſt, vendebatur & in ſervitutem redigebatur, l. 4. §. gravius autē, D. de re milit. quò pertinet illud Ciceronis in ea pro Cæcina, *ubi jam*, inquit, *populus eum vendidit, qui citatus ad militiam non venit*. Qui enim patriæ libertatem, quantum in ſe erat,

erat, prodebat, is ut liber eſſet, dignus non erat. Quin & bona nō venientis vendi ſolita ex Flori Epitomes lib. 4. didicimus. Neq; enim libertate dignus eſſe videbatur, qui, cùm ad id munus, quod ſolis liberis hominibus defertur, vocatur, id detrectat, neq; etiã bonis ullis dignus eſſe, qui bona patriæ communia quantum in ſe eſſet nō tueretur. Quod ſi igitur bona ejuſmodi contumacis, imò ipſe contumax vendi, atq; adeò in ſervilem ſtatum ob contumaciam inſignem, utpote quæ proditioni ſimilis eſt, d. §. gravius, redigi potuit, mirum videri non debet, ſi villæ etiam non reſpondentis ad dilectum, & ædes dirui potuerunt. Id enim quandoq; factum eſſe, contrà quàm Rævardus exiſtimat, docuit nos Dion. Halicarnaſſ. lib. 8. antiquit. Roman. quem ad id laudavit Cujacius d. obſer. 29. Quid, quòd in cauſis etiam multò levioribus, & in quibus contumacia etiam levior eſſet, demolitio ejuſmodi fieri potuit, ut ex prima Philippica Ciceronis conſtat? Neque obſtat in jure noſtro pœnam iſtam definitam non eſſe. Non enim erat pœna iſta demolitionis ordinaria, ſed extra ordinem à judice ſeu magiſtratu infligebatur, ex cauſis tamen ipſum ad ſeveritatem iſtam movẽtibus. Quam ob cauſam non temerè in d. l. ſi is, cum quo, additur *motu judicis* villam dirutam eſſe. Nam quòd Rævardus ex notis errorem creatum eſſe dicit, & pro *motu judicis* legendum eſſe putat, *magiſtratus*

impe-

Digitized by Google

imperio. Cujac.improbavit d.c.29.& vanum eſſe aliâs in eo libro, qui mihi eſt de erroribus ex notis creatis, oſtendam planius. Motus autem ille judicis eſt indignatio, l.nullum.C.de teſtib. l.omnes, C.de offic.rect.provinc. quæ ejuſmodi pœnæ infligendæ cauſas habet graviſſimas. Eæ verò cauſæ cùm jure definitæ non ſint, faciunt, ut judex pro arbitrio ſuo hanc pœnam quandoq; infligat, ſi neceſſitas & exemplum ita poſtulare videatur. Ceterùm valdè miror Robertum in dubium vocare, an latinè ſatis dicatur, ad delectum ſeu dilectũ reſpondere. Idem enim dictionis genus eſt in d. §. gravius. Non obſtat quod lex dicit: Motu judicis villã dirui, delectum autem magiſtratuum eſſe, non judicantium. Nihil enim eſt tritius, quàm ut judicem interpretemur magiſtratum, ſi res qua de re agitur, & ſubjecta materia, ut loquuntur, poſtulet, quod cùm ſuprà c. 1. ſatis ſit confirmatũ, in hunc locum referre pluribus neceſſe nõ eſt. Sed & illud quod aſſumitur id judicantium nõ eſſe, ut delectum indicant & contumacem puniãt, ejuſmodi eſt, ut nullo negocio refellatur. Fateor non eſſe illud judicum civilium ſeu domeſticorum: at hoc etiam concedi neceſſe eſt, partes haſce delectus habendi judicũ eſſe militarium, qui iidem magiſtratus ſunt juriſdictioni militari præpoſiti. Nam in delectu habendo Tribunus militum judex eſt, non etiam judex domeſticus: ac proinde is judex militaris mili-

tes

tes ad dilectum evocat, ad quem ſi evocatus nō reſpondeat, hoc eſt, ſi præceptum tribuni militis contemnat, & neq; compareat, neq; cur ſe non ſiſtat cauſas legitimas proponat, jam judicis illius, nempe tribuni militū evocantis motu villa evocati dirui poteſt, motu, inquam, non temerè, ſed ex cauſis tribunum ceu judicem ad id faciendum moventibus. Is verò militum tribunus magiſtratus eſt: & ſanè dilectum indicit ut magiſtratus, nō reſpondentem ad dilectum punit ut judex, ſive ut magiſtratus officiū ſuum exercens & juriſdictionem defendens pœna inflicta. Atq; hęc manifeſtiſſima eſt hujus nodi explicandi ratio, quem Robertus putat eſſe inexplicabilem. Sed illud alterū Roberti multò eſt ineptius, quo quęrit, quorſum ejus, qui cùm dilectus haberetur, citatus ad nomen non reſpondit villam dirui dicamus, quoniam militiæ detrectatio perſonam, nō etiam res detrectantis contingat. Si enim ita argumentari licebit, quid impedit quò minus quælibet bonorum publicatio ſubvertatur, & quorſum delinquentis bona, vel in totum vel pro parte publicantur, cùm crimen commiſſum, ob quod bonorum publicatio ſequitur, perſonam, non etiam res delinquentis contingat? At nihil abſurdi eſt dicere, Eum qui crimen commiſit, non in perſona duntaxat ſua, ſed etiam in bonis puniri. Non enim dum in bonis punitur, bona puniuntur, ſed ipſe qui crimen commiſit, per abla-

tio-

Digitized by Google

tionem bonorum puniri intelligitur, ut pœna quæ in bonis fit, non minus perſonam contingat, atq; illa quę corpori infligitur. Excipies, At in bonorum publicatione res vindicari fiſco, in eo autem caſu, de quo nunc nobis ſermo eſt, corrumpi. Hoc verò jam in modo pœnæ infligendæ, non in pœna ipſa poſitum eſt, & ad victoriam contra Robertum pro Duareno & Cujacio ſatis eſt id obtinuiſſe, pœnam ob crimen delinquenti infligi, etiam in ipſius bonis, quomodocunq; tandem illud fiat. Si nunc quæratur, cur hoc caſu hoc etiam modo infligatur, hoc eſt, cur villa diruatur, reſponſio in promtu eſt, id fieri in pœnam non reſpondentis, & quidem in finem duplicem, unum quod ad ipſum delinquentem, ut corrigatur reddaturque melior, alterum, quo ad alios, ut cùm res ſit exempli peſſimi in neceſſitatibus bellorū magiſtratui non obtemperare, alii ſeveritate pœnæ à ſimili delicto perpetrando abſterreantur. Sunt quidem crimina ejuſmodi omnia, ut publicus ſtatus illis lædatur, ſed nonnullis hoc ita fit mediatè, nempe læſo privato homine: at is qui ad dilectum evocatus contumaciter emanet, immediatè in ſtatum publicum delinquit, eſtque delictum iſtud eò gravius. Ut enim pro aris & focis alii, idque ſacrum erat, ita contumax hic contra aras & focos eſſe cenſetur. Nefariū igitur & execrandum facinus contumacis iſtius, qui quantum in ſe eſt patriam prodit, ejuſq; liberta-

bertatem, d. §. gravius, & multò gravius, quàm illud quo publica utilitas mediatè tamen læditur, ut, cùm in hoc bona delinquentis ſæpenumerò in fiſcum redigantur, mirari Rævardus non debuerit, ſi præter pœnas alias, villa etiam ejus, qui ad dilectum non reſpondit, diruatur. Nam & domus nefarii hominis nefaria eſſe videbatur, ut tolli etiam illa, atque adeò omnis proditoris iſtiuſmodi memoria aboleri debuerit, quippe quòd nec fiſcus domum aut bona ejus hoc, ut ita dicam, honore digna exiſtimaret, quæ in publicum referenda eſſent. Veruntamen Roberti expoſitio ſecundum lectionem eam, quam ipſe tuetur, abſurda non eſt, ſed quod longius, meo quidem judicio, petita ſit, & legis ſenſum nimis anguſtum faciat, quo utroq; vitio lectio Duareni & Cujacii caret, horum quàm illius lectionem veroſimiliorem & probabiliorem eſſe adhuc exiſtimo.

Quantitas quid ſignificet apud Juriſconſultos.

Cap. X.

AUt inſcriptio hujus capitis apud Duarenũ lib. 1. diſp. 6. plus promittit, quàm præſtet, cum ipſe non niſi de numi quantitate ſub illo agat, aut ſi ea fuit Duareni ſententia, ut omnem quantitatem voluerit eſſe æſtimationẽ ſeu valorem, vereor ut illa defendi poſſit. Sunt enim Juriſconſultis quantitates etiam aliæ quàm numi cognitæ, & ſunt quantitates, quæ tamen in æſti-

æſtimatione ſeu valore poſitæ non ſunt. Neq; verò ullus mihi de quantitate Philoſophorum ſermo eſt, quam ipſis relinquo, ſed de ea, quæ Juriſconſultis eſt propria. Primùm itaq; quantitas opponitur corpori, ita ut in corpore ſubſtantiam & materiam ejus conſideremus, in quantitate vim ac momentum, & corpus quidem ſine quantitate ſubſiſtere poſſit, quantitas nunquam niſi in corpore aliquo ut in ſubjecto hæreat, à quo tamen diſtinctam habeat conſideratione͂. Exempli cauſa: Numus corpus quidem eſt, quatenus ex metallo aliáve materia conflatus eſt, ſed ex corpore illo ſuo non dicitur Numus, ſed vel argentũ vel aurum, vel modo alio, prout corporis eſt materia: quatenus autem forma publica percuſſus uſum dominiumq; præbet, corpus non eſt, ſed quantitas, l. nam etſi fur, 13. in fi. D. de reb. cred. quã utranq; numi ſignificationem expreſſit Paulus in l. 1. D. de contrah. emt. *Eaq; materia*, inquiens, *forma publica percuſſa uſum dominiumq; nõ tam ex ſubſtantia præbet, quàm ex quantitate*, hoc eſt, in materia iſta forma publica pecuſſa duo ſpectantur, ſubſtantia & quantitas. Subſtantia quidem à natura eſt, quantitas autem materiæ iſtius eſt ex impoſitione legumlatorum: & rurſus ſubſtantia quidem eſt in auro, argento, ferro, & ſimilibus, quantitas autẽ eſt Numus, quæ quantitas cùm ex lege ſit numus, dicitur Latinis à Græco νόμος, quod legem ſignificat, eò quòd omnem

omnem ſuam autoritatem ex lege ſola habeat, ſubſtantia interim non ex lege, ſed ex qualitate ſua naturali dijudicanda. Si nunc quæratur, ex ſubſtantiáne ſit, an ex quantitate, quòd materia iſta uſum dominiumq́; præbet hominibus, reſpondet Paulus ex quantitate id eſſe, quam quantitatem lex materiæ iſti impoſuerit, & ut credo quandoq; in ea ſignaverit, ut ea res ceteræ æſtimentur, atq; ita ejus vice rei quæ datur uſus eſſe poſſit, & dominum rei, quę pro numo accipitur, traditione ipſius transferatur. Non enim materiam electam eam eſſe, quæ difficultatibus permutationum ante numum inventum ſubveniret, ſed publicam materiæ iſtius & perpetuam æſtimationem, quæ quantitatis æqualitate fiat, id præſtare, Paulus apertè in d.l.1. affirmat, atq; inde infert, materiam non ex ſubſtantia prębere uſum & dominiũ, ſed ex quantitate. Quod enim doctiſſimus Budæus pro *quantitate*, legit, *qualitate*, id ex contextu ipſo ſatis refellitur, aut certè legendum fuerat, *æqualitate*, repetita voce ex pręcedentibus, ut ſubintelligeretur, *quantitatis*. Hinc eſt quod Juriſconſulti noſtri in numis, qui vulgò dicuntur, non corpus, ſed quantitatem ſpectaverint, & hanc illi oppoſuerint, ut in l. ſi is cui, 94 D. de ſolut. l. planè, 34. §. ſed ſi non corpus, D. de legat. 1. numumq; in rebus incorporalib. habuerint, licet id in quo numus eſſet, eſſet corpus, l. qui heredis, 46. D. de condict. inde. l. quiſquis mihi,

Digitized by Google

95.D.de legat.3.l.quod dicitur, 5. D.de impenſ. in rem dotal. fact. idq; pluribus confirmat Fr. Hotomanus quæſt.illuſt.15. ubi eleganter illud declarat ex l. Titia, 87. D. de legat. 2. exemplo teſſaræ frumentariæ legatæ, quam Paulus in quantitate magis, quàm in corpore conſiſtere dicit. Ex his conſtat ſatis, quantitatem opponi corpori, ſed nondum inde confectum eſt, quid quãtitas ſit aut ſignificet, niſi id duntaxat, quòd quantitas non ſit corpus, ſed incorporale aliquid, quod corpori alicui ex hominum inſtituto inſit. Quid autem ſit illud? Duarenus ſimpliciter affirmat eſſe valorem & æſtimationem, cujus ſignum & nota ſit character numo impreſſus, de quo Ariſtoteles 1. Polit. 6. *τὸ μὲν πρῶτον*, inquit, *ἁπλῶς ὁρισθὲν μεγέθει καὶ σταθμῷ, τὸ δὲ τελευταῖον καὶ χαρακτῆρα ἐπιβαλλόντων, ἵνα ἀπολύσῃ τῆς μετρήσεως αὐτούς. ὁ γὰρ χαρακτὴρ ἐτέθη τοῦ ποσοῦ σημεῖον.* Hæc Robert.3. ſententent.6. non negat, putat tamen illam definitionem quantitatis non eſſe ſufficientem, quod idem & Hotomanus ſubindicat, d.quęſt.15.cùm ait, Juriſconſultos *plerunque* quantitatis nomine pro valore & poteſtate uſos eſſe. Nam ſi plerunq;, Non ſemper igitur. Et rectè dicitur, ſi valor eſt, & poteſtas, Quantitas igitur: ſed non viciſſim, ſi quantitas eſt, continuò valor erit aut poteſtas. Species enim genus quidem ſuum affirmatò arguit, ſed genus non protinus ſpeciem, niſi negatò. Non igitur inter Duarenum & Robertũ controverſia eſt,

an

an quantitas ſit valor & æſtimatio: (de eo enim utrinq; conſtat) ſed an quantitas præter valorẽ & æſtimationẽ ſignificet aliquid amplius. Atq; hoc cum Roberto contra Duarenũ verius eſſe exiſtimo. Quodnam igitur illud eſt, quod quãtitas eſt amplius aliquid? Hoc nimirum, ut diſtinguamus quantitatem numi à quantitatibus aliis. In mutuũ venire dicuntur res illæ, quæ in quantitate cõſiſtunt. In quantitate autem conſiſtunt res quæ numerantur, quę menſurantur, quæ ponderantur, quæ cùm ſpecie à ſe invicem diverſę ſint, genere tamen eædem ſunt. Etſi verò ex his numus ſeu pecunia poſſit non numerari tantùm, ſed etiam ponderari, in numero tamen tandem ſubſiſtit: & ſunt præter pecuniam res complures alię quę numerum & pondus, quinetiam menſuram recipiant. Pondus autem & menſura non minus eſt quantitatis atq; eſt numerus, numerus tamen aliquantò, ut ita dicam, ſignificantius & quaſi κατ᾽ ἐξοχὴν. Numerus enim numi aut pecunię eſt ipſius valor atq; poteſtas intrinſeca, relatione ad aliud non facta. At verò abſoluta iſta numi conſideratio nullius aut exigui certè momenti fuerit. Potiſſima itaque ejus vis eſt relativa, ita nimirum, ut numus quantitas ſit & activè & relativè, id eſt, non in ſe ipſo tantùm, ſed etiam extra ſe ipſum, videlicet in eo quòd ex quantitate numi ceteræ res omnes quantitati, ut loquuntur, ſeu quantæ fieri, hoc eſt, æſtimari poſſunt.

Unde id quod vulgò dicitur: Numo omnes res, quç in cõmercio ſunt, æſtimari, ſed nõ ipsũ æſtimari ſeipſo. Numus igitur eſt quantitas, id eſt, valor ſeu poteſtas, qua ceteræ res omnes æſtimentur. At menſura & pondus & ipſa quantitates ſunt, ſed intra proprios quantitatis terminos ſubſiſtunt, neq; eos egrediuntur, ut illis res etiam aliæ quantæ fiant, atq; adeò pro valore, poteſtate aut æſtimatione habenda nõ ſunt. Cùm itaq; hæc ita ſeſe habeant, numus ferè ſolus in jure noſtro quantitas dicitur, eò quòd quantitatis iſtius uſus ſit major, frequentior & expeditior, quod Robertus multis argumentis confirmavit, ut non abs re Hotomanus dixerit Juriſconſultos plerunque quantitatis nomine pro valore & poteſtate uſos eſſe. Quæ eadem ſi fuit Duareni ſententia, non video, quid ab eo Robertus diſſentiat, niſi quòd Robertus magis perſpicuè explicat, quod à Duareno propoſitũ erat conciſius & obſcurius. Hinc difficile non eſt intelligere, quomodo accipiẽdum ſit illud, quòd ait Ulpian. in l. à D. Pio, 15. §. ſi pignora, D. de re judic. addicenda eſſe pignora, quæ capta ſunt, ſi emtorem non inveniant, ea quantitate, qua debetur, id eſt, ſecundum modum debitæ quantitatis, in quam debitor creditori eſt condemnatus. Cùm enim fieri poſſit, ut pignora in cauſam judicati capta excedant quantitatem, in quam debitor condemnatus eſt, vel etiam minoris ſint, tùm ne creditor vel debitor

damno

damno afficiatur, neq; ille plus aut minus accipiat, quàm ipſi debeatur, pignora capta ſunt æſtimanda, atq; ita numo ad quantitatem quaſi redigenda, ut in illis nulla amplius corporis ratio habeatur, ſed quantitatis tantùm, id eſt, valoris & poteſtatis, quæ ex numo deſumitur, & ad corpus accommodatur, ut æqualitas ſit inter corpus & quantitatem, & hæc iſtius locum ſubeat, vicibusq́; fungatur. Pignora ita æſtimata proſcribuntur: ſi emtorem intra legitimum tempus non inveniant, addicuntur creditori ſecundum eam quantitatem, in quam condemnatio facta eſt, aut ut loquitur Nov. 53. cap. 4. in fine, ſecundum menſuram declarati debiti, ita ut ſi pignora majoris ſint, quod ex ipſorum æſtimatione, ſive ut barbarè mihi loqui liceat, quantitatione & taxatione apparebit, debitori, id quod plus fuit in æſtimatione, quàm in debito, æſtimatò refundatur, ſi minoris, debitor in eo obligatus maneat, haud ſecus, atq; ſi pignus datum diſtractum fuiſſet, idq́; eſt æquiſſimum, ut ſcribit Duar. 1. diſput. 6. Fr. Balduin. in tract. de pignor. c. 18. in fin. Atq; hac ratione pignus prætorium conſtitui, id eſt, quem mitti in poſſeſſionem pro modo debiti, alibi Juſtinianus affirmat: Nam olim quidẽ creditores mittebantur in poſſeſſionem omnium bonorum, l. 1. D. quib. ex cauſ. in poſſeſ. eaq́; omnia ipſis diſtrahere licebat, ut ex ea pro Quinctio apparet, ſed poſtea obtinuit, ut pro modo debiti dunta-

Digitized by Google

xat fieret, l. fin. §. ſed ſi, C. de his qui confug. ad Eccleſ. & d. Novell. 53. c. 4. in fin. Atq; ita jus vetus hac Novella corrigi Interpretes communiter ſentiunt, quod falſum eſſe in expoſitione Novellæ illius Cujacius ſcribit, quoniã in Novella illa generaliter dicatur actorem in poſſeſſionem mitti bonorũ, & bona habere, & reverſum dominum bona recipere. Qua in re Cujacio aſtipulor quantum ad miſſionem in poſſeſſionem attinet. Nam Juſtinianum Novella ſua *miſſionẽ in univerſa bona* ſuſtuliſſe non video, ſi nimirum ipſa nudè conſideretur. At ſi ad effectum miſſionis iſtius oculos convertamus, qui in jure bonorũ diſtrahendorũ eſt poſitus, mihi quidem omninò videtur Juſtinianus ab antiqua obſervatione receſſiſſe, atq; in eo illã correxiſſe. Antiquitus, ut dixi, ita in univerſa bona quis immittebatur, ut univerſorum iſtorum diſtrahendi haberet facultatem: Ex Juſtiniani Conſtitutione in univerſa quidem adhuc immittitur, ſed non in univerſa diſtrahuntur, ſed modus diſtractioni à Juſtiniano præfinitus eſt, nempe hic, ut ſecundum menſuram declarati debiti fiat. Videbatur enim antiqua iſta obſervatio eſſe durior, ut creditori liceret omnia diſtrahere, atq; ita à debitore transferre, cùm ſæpe fieret ut ex quarundam rerum diſtractione creditori ſatisfieri poſſet. Iſta autem durities uſurpabatur illis temporibus ad terrorem injiciendum hominibus, ne facile ęri alieno ſe obſtrin-

ſtringerent, ſcientes fore, ut niſi ſolverent, omnia ipſorum bona diſtraherentur. Hanc duritiem Juſtinianus ad æquitatem quandam reduxit, & permiſit miſſionem quidem univerſalem, quam cùm ad terrorem injiciendum ſufficere arbitraretur, diſtractionem univerſalem ſuſtulit. Hæc niſi Juſtiniani fuiſſet ſententia, quid neceſſe fuiſſet ei, cùm dixiſſet, *in poſſeſſionem mittat actorem rerum ejus*, protinus ſubjicere, *ſecundum menſuram declarati debiti?* Id enim miſſioni fuiſſet cõſequens, ſi antea idem fuiſſet uſurpatum. Et ſanè antiquis temporibus conſequens fuit, ſed Juſtinianus conſequens eſſe noluit, ut univerſa diſtraherentur, & quod infinitum erat finitum fecit, certumq; modum ei adjecit. Ita ſi miſſio in poſſeſſionem bonorum univerſorum, diſtractio bonorum ſecundum menſuram debiti, & deniq; ſolutio ex diſtractione iſta Creditori facienda diſtinguantur, in primo quidem Cujacio, in altero Interpretum ſententiæ aſſentior. In capite autẽ tertio, quod ſolutionem concernit, video convenire Cujacio cum cæteris nimirum, ut venditione facta portionem creditor ferat de pecunia ex venditione redacta, quæ ipſi debebatur.

De abſentibus non accuſandis vel condemnandis, & ea occaſione de annotatione. CAP. XI.

DE abſentibus non accuſandis vetus jus eſſe, illa Gordiani Imp. conſtitutio, quam Juſtinianus Imp. in Codicem ſuum retulit ſub

l. abſentem 6. C. de accuſat. oſtendit, qua dicitur abſenté capitali crimine accuſari non poſſe, ſed requirendum tantummodò annotari ſolere, ſi deſit, vetus jus eſt. Secundū quod jus idem Gordianus anno conſtitutionem illam proximè præcedenti in caſu adulterii reſcripſerat, uxorem alicujus, quæ antequam crimine adulterii accuſaretur, provinciam exceſſiſſet, abſentem accuſari non poſſe. Cui conſequens eſt, ut qui abſentes accuſari non poſſunt, iidem abſentes etiam damnari nequeant. Crimen enim accuſatione ſeu litis conteſtatione incoatur, ut Græcos & Latinos teſtari in l. adulteram 13. C. ad leg. Jul. de adulter. refert & probat Cujacius lib. 20. obſerv. c. 21. perficitur damnatione, l. qui cum major 14. in fine, D. de bonis libert. l. 1. C. ubi de crimin. agi oport. Cauſa verò ſublata, effectum, qui nō niſi ex cauſa illa eſſe poteſt, tolli neceſſe eſt. Et ſanè abſentem in criminibus damnari non oportere D. Trajanum Julio Frontino reſcripſiſſe ex Ulpiano didicimus in l. abſentem 5. D. de pœn. & ita poſt Trajanum Divos Severum & Antoninum Magnum reſcripſiſſe, ne quis abſens puniatur, Martianus Juriſconſultus meminit in princ. l. 1. D. de requirend. reis, & ibidem addit, hoc jure nos uti, ne abſentes damnentur, eò quòd inaudita cauſa quenquam damnari æquitatis ratio non pateretur. Idemq; affirmavit Paulus lib. 5. ſent. tit. 5. §. penult. his verbis: *In cauſa capitali abſens ne-*

me

Digitized by Google

mo damnatur. Quam ob cauſam Valentinianus, Theodoſius & Arcadius Impp. cùm apparitorum diligentiam excitare vellent, cenſuerunt, ne diu apparitorum prava admodum venalisq; perfidia impunè in commoda publica deſæviat, etiam in abſentes eos pro competenti ultione debere conſurgi. Verùm cùm abſens defendi poſſit, cur non & accuſari poſſit? Defenſio enim accuſationem præſupponit, cui ipſa opponatur, ſicut actionem exceptio. Defendi autem poſſe abſentem textus eſt in l. ſervum, §. publicè, D. de procur. ubi Ulpianus diſertè affirmat, publicè utile eſſe abſentes à quibuſcunque defendi, comprobans illud conſtitutione Alexandri Imp. ſub quo Ulpianus vixit, quę eſt in Codice Juſtinianeo poſita ſub l. reos, 3. de accuſat. ubi Alexander reſcripſit, Reos capitaliũ criminum abſentes, etiam per procuratorem defendi leges publicorum judiciorum permittere: cui conveniens eſt ejuſdem Imperatoris reſponſum ſeptem annis poſt Conſtitutionem iſtam datum, quod eſt ſub l. exigendi, 12. in fin. C. de procur. exiſtimantis multò juſtius eſſe filium accuſati, etſi ætatem legitimam non compleviſſet, audire defenſorem patris, quàm abſentem quaſi contumacem & indefenſum gravi condemnatione afficere. Et defendi nõ tantùm quoad allegandum abſentiæ cauſas, ſed etiam quoad cauſam principalem ejuſq; merita iidem illi textus evidenter arguunt. Utuntur

Digitized by Google

enim verbo *defendendi*, quo, ut Cujac. lib. 20. obſ.c.20.ait,plena defenſio ſignificatur,ad ipſa cauſæ merita pertinens,cùm excuſatio illa propriè ſit & dicatur, quæ ad abſentiam pertinet, quomodo etiã verbum defendendi & verbum excuſandi ſibi invicem opponitur in l. penult. §.ad crimen, D.de publ. judic. & excuſatio pro abſente dicitur in l. inter 10. D. de publ. judic. quin & in d. §. publicè, ex quo interpretanda eſt, d.l reos, agitur de abſente damnando non ob abſentiam, ſed ob crimen, quod illa verba arguunt,quibus dicitur,*pro eo* verba facientem, & excuſantem *innocentiam* audire æquum eſſe. Nocens autem vel innocens quis eſt, nõ quòd abeſt,ſed quòd crimen aut delictum commiſit, vel non commiſit. Nam quòd Cujacius in notis ad ſentent. Pauli lib. 5. tit. 16. §. neq; accuſator, mavult legi *abſentiam* potius, quàm *innocentiam*, autore caret, atq; ipſe etiam tacitè ab illa emendatione receſſit d.obſerv. 20. ubi interpretationem vulgarem, qua defenſio in textibus illis ad allegandas abſentiæ cauſas reſtringitur, quam tradidit Johannes vetus interpres, & poſt eum gloſſ. in d. l. reos, ver. per procuratorem,& ibid.Bald.& Salicet. per l.abſens,71.D.de procurat. & à meritis ipſius cauſæ ad innocentiã rei facientibus excluditur, Bart. Bald. & alii in d. §. ad crimen, gloſſ. & Dd. in l. nihil,C.de procurat. Weſemb. conſ.43.n.166. part. 1. ſcribit, coactam nimis eſſe & improbabilem.

bilem. Ut enim Interpretes illi textus ſuprà allegatos ex d. §. ad crimen interpretarentur, & ad abſentiæ defenſionem, quam tamen excuſationem potius quàm defenſionem Juriſconſulti appellaſſent, reſtringerent, non modò cauſam nullam habuerunt, ſed multò magis ex eo, quod in d. §. ad crimen, dicitur excuſationes abſentium *ex Senatuſconſulto* judicibus allegari, in d. l. reos autem *leges publicorum judiciorum* reorum defenſionem permittere, intelligere debuerunt, defenſionem illam, quæ permittitur in d. §. publicè, & in d. l. reos, longè eſſe aliam ab excuſatione abſentiæ, ſicut leges publicorum judiciorum alias eſſe à Senatuſconſultis, extra controverſiam poſitum eſt. Nec movere illos debuerant verba in d. §. ad crimen, ab initio poſita, in quibus cùm dixiſſet Papinianus, ad crimen judicii publici perſequendum fruſtra procuratorem intervenire, multoq; magis (intellige, fruſtra procuratorem intervenire) ad defendendũ. Etſi enim dubium non ſit, quin verba illa ad ipſa cauſæ merita, ad defenſionem, vel ut Ulpianus loquitur, excuſationem innocentiæ & depulſionem criminis pertineant, accipienda tamen ſunt ſecundum diſtinctionem ab Ulpiano ibidem in d. §. publicè poſitam, ut vera ſint in illis criminibus, ex quibus quis abſens damnari non poteſt. Hoc cùm ita Interpretes quidam animadverterent, ſenſerunt procuratorem

pro

pro accuſato vel inquiſito ad innocentiam ejus allegandam & probandam intervenire poſſe, ut tenuit Bart. in l. 1. §. ſi quis, D. de quæſt. Caſtrenſ. in d. §. publicè, nu. 1. Rube. in d. §. ad crimen, n. 102. Hippol. in praxi crimin. §. ſequitur, n. 43. & 44. & alii quos recenſet Jul. Clar. lib. 5. ſentent. §. fin. q. 33. verſ. ſed quod plus eſt, quæ ſententia etiamſi ibidem à Julio Claro rejiciatur, eſt tamen veriſſima, nec debuit eam excellentiſſimus Menochius de arbitrar. judic. quæſtion. lib. 1. quæſt. 80. n. 58. tam anguſtè accipere, quaſi interpretes illi ita ſentiant, ſi apertè de innocentia poſſit ſtatim cõſtare. Quare omnis quæſtionis illius, an abſens defendi poſſit, nécne, definitio nõ ex diſtinctione abſentię & meritorum cauſæ, nec ex modo probandi innocentiam, utrum illa in continenti, aut ex intervallo fiat, ſed ex diſtinctione ipſorũ criminum, utrum nimirum illa ſint ejuſmodi, ut ex iis abſens aliquis damnari poſſit, an verò abſens aliquis ex iis damnari non poſſit, petenda eſt, ut in illis abſens defendi poſſit, in his non æquè. Id demonſtrat d. §. publicè, ubi expreſsè Ulpianus ait, ubicunq; abſens quis damnari poteſt, ibi quemvis verba pro eo facientem & innocentiam excuſantem audiri ęquum eſſe. E contrariò igitur, ubicunq; quis abſens damnari nõ poteſt, nulla æquitas poſtulat, ut pro eo verba faciens & innocentiam excuſans audiatur. Quę æquitas ratione nititur. In his enim crimini-

bus,

bus, ex quibus abſenti damnatio metuēda non eſt, defenſione opus nō eſt, utpote quæ ad evitandam damnationem accuſationi opponi ſoleat. In illis autem, ex quibus damnatio, ut maximè quis abſens ſit, procedit, publicè utile eſt, omniumq́; intereſt, abſentem defendi, ut qua ratione Ulpianus de provocatione credidit, humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere, etiamſi is qui damnatus eſt, perire feſtinans appellationem non admittat, l. non tantùm 6. D. de appellat. eadem ratione & quidem multò magis credere nobis liceat defendentem pro abſente audiendum eſſe. Si enim tum cùm quis damnatus eſt, tertio appellare damnato etiam invito licebit ad ſuſpendendam ſententiæ executionem, cur non tertio liceret abſentem defendere, ne ſententia condemnationis in eum ferretur? Et cur non multò magis licebit, cùm id faciat legibus publicorum judiciorum permittentibus, is verò qui appellat nulla lege permittente, ſed nuda humanitatis ratione, & ſemper ſatius ſit impunitum relinqui facinus nocentis, quàm innocentem damnare, ut optimus Trajanus Aſſiduo Severo reſcripſit l. abſentem, 5. D. de pœn. Verùm enimverò quænam ſunt Crimina illa, ex quibus abſens aliquis damnari poteſt & non poteſt? Ea definiiſſe videtur Ulpianus in d. l. abſentem, pœnæ genere, ut iſta, ex quibus delinquens graviori pœna quàm eſt relegatio puniri

niri nequit, ſint ex quibus abſens damnari poteſt, illa autem ex quibus gravior pœna quàm relegationis irrogatur, ſint ex quibus abſens quis damnari non poteſt. Idemq́; tradidit Marcianus Juriſconſ. in l. 1. §. 1. D. de requir. vel abſentibus damn. Ex quo Doctores vulgò diſtinxerunt, ut in iis in quibus pœna relegatione levior imponitur, abſens defendi poſſit, non ſolùm ob abſentiam, ſed & ob crimen ipſum, in iis verò in quibus pœna relegatione gravior eſt, non poſſit quo ad merita, poſſit quo ad abſentiæ cauſas allegandas, quam receptam eſſe Doctorum ſententiam Menoch. de arbitr. jud. quæſt. cent. 3. caſu 264. in princ. teſtatur, & ante eum Joan. Robert. lib. 2. ſentent. cap. 3. At cùm Alexandrum Imp. animadvertam loqui de reis capitalium criminum, & Ulpianum de capitalibus judiciis, atq; in iis uterq; defenſorem admittat: rei autem capitalis damnatum idem Ulpian. in l. 2. D. de pœn. ſic accipiendum eſſe doceat, ex qua cauſa damnato vel mors, vel etiam civitatis amiſſio, vel ſervitus contingit, quod idem ex Calliſtrato refertur in l. capitaliū 28. D. de pœn. quas pœnas relegatione graviores eſſe nemo eſt qui neget, & rurſus in l. miles qui, 11. §. ea quæ, D. ad leg. Jul. de adulter. eam quæ inter reas adulterii recepta eſſet, abſentem defendi non poſſe dicatur, cùm tamen adulterii pœna relegatione gravior non fuerit ex lege Julia, ut ſcripſit Cuja. ad l. 8. D. de tranſ-

act.

act.& lib.20.obſ.c.28.& lib.21.obſ.cap.17.Briſſon.lib. ſingul. de adult. c.2. Juſtus Lipſius in eruditiſſimis ſuis ad lib. 4. Annal. Taciti commentariis, in verb. quanquam Lentulus Getulicus, vereor ut ad propoſitam quæſtionem definiendam illa non ſatis appoſite dicantur. Nec ſatisfacit mihi quòd afferri video diſtinctionem verbi *Capitale*, ut quamvis illud propriè pertineat ad pœnas relegatione graviores, per quas caput eximitur è civitate Romana, quandoque tamen latius accipiatur, ut complectatur etiam minores pœnas, veluti relegationem. Licet enim capitalis Latinè loquentibus omnis cauſa exiſtimationis videatur, tamen appellationem capitalis mortis vel amiſſionis civitatis intelligendam eſſe Modeſtinus ſcripſit l.licet, 103. D. de verbor. ſignif. ubi diſertè diſtinguit uſum loquendi inter Latinos, id eſt, Oratores, qui multoties vocabulis abutuntur, & inter Juriſconſultos; & Latinis quidem vocem *capitalis* latius accipi oſtendit, Juriſconſultis autem definiri morte & amiſſione civitatis. Unde etiam nullus in jure locus eſt, ex quo capitalem pœnam, aut capitale judicium appareat dici, ubi de morte amiſſionéve civitatis non intelligatur, §. capitalia, Inſtit.de publ.judic. Nam Modeſtinus impropriam illam capitalis ſignificationem Oratoribus quidem tribuit, ſed Juriſconſultis expreſsè adimit, ut miter ad comprobationem diſtinctionis illius, d.l.

licet

licet à nonnullis allegari. Non etiam video qua ratione probetur iſta diſtinctio per l. ſed & ſi quis, 4. D. ſi quis caution. cùm ipſe Juriſconſultus Rei capitalis condemnatum accipiat de eo qui morte, exilióve coercitus eſt. Ubi exilium intelligi deportationem qua civitas amittitur, arguunt verba paulò pòſt ſubjecta, *aut ſi fortè in exilium ſalva civitate abiit*, quod exiliũ ab exilio, cujus paulò antè mentio facta erat, ſeparandum eſſe, ordo contextus clarè demonſtrat, & probat Briſſon. lib. 3. de verb. ſign. in verb. à capite. Et verò ut in l. 1. §. removet, D. de poſtul. eũ qui capitali crimine damnatus eſt, accipiamus eum etiam qui nec mortuus eſt, nec civitatem amiſit, & non potius eo modo ut Juriſconſulti ſolent, ratio nulla eſt. Sed ſit ſanè ita, habeat verbũ *Capitale* apud Juriſconſultos etiam ſignificationem illam Latinorum: at unde efficient illi, crimina capitalia & capitalia judicia apud Alexandrum & Ulpianum impropriè magis quàm propriè accipi, & cur non potius propriè, cùm aliâs voces propriè potius quàm impropriè accipiendæ ſint? Mirum utrunq; & Alexan. & Ulpian. cum Oratoribus potius quàm cum Juriſcõſultis loqui voluiſſe, prꝫſertim cùm uterq; proprietatis ſermonis fuerit ſtudioſiſſimus. Quinetiam non ſine cauſa factum eſſe puto, quòd Ulpianus nõ ſimpliciter dixit: In capitalibus judiciis defenſio datur, ſed ita, *nam & in capitalibus, &c.* ut id, quod dixerat in genere, publi-

publicè utile eſſe, abſentes à quibuſcunq; defendi, oſtenderet non tantùm locum habere in non capitalibus judiciis, ſed in capitalibus etiã, de quibus maximè dubitabatur, eò quòd in illis rei præſentia requireretur d. §. ad crimen, l. 1. D. an per ali. cauſæ appel. red. poſſ. Et verò manet illud, eam, quæ inter reas adulterii recepta eſt, abſentem defendi non poſſe, §. ea quæ, cui non video reſponderi, niſi fortè ſingulari jure id in adultera receptũ eſſe dicere velint, quod tamen non probatur, qua de re paulò pòſt amplius. Nihilo felicius ſeſe ex his tricis expedivit Briſſonius. Nam quod libro ſingul. de adult. c. 7. in fin. ſcribit his verbis: *Sed non omnia capitalia crimina judicii publici ſunt: Igitur in privatorum criminum cauſis defenſor rectè intervenit, in publicorum judiciorum criminibus non rectè intervenit*, nullo negocio refellitur. Ut enim ea quæ ſuprà dicta ſunt, atq; ad illud impugnandum partim afferri poſſunt, præteream, Briſſonius terminos à ſe poſitos confundit, quos diſtinguere debuerat. Fatetur autem, ut ego quidem mentẽ ejus percipio, niſi quis verba ad vulgarem interpretationem accommodare malit, fatetur, inquam, Alexandrum & Ulpianum loqui de criminibus verè capitalibus, ſed non de omnibus. Diſtinguit enim inter crimina capitalia quæ publici judicii non ſunt, & ea quæ judicii ſunt publici, quod ex eo colligo, quod dicit, non omnia capitalia crimina judicii publici

N eſſe:

Digitized by Google

eſſe: de cujus diſtinctionis veritate nunc nō inquiro. Sed quid inde? *In privatorum criminum cauſis*, inquit Briſſon. *defenſor rectè intervenit.* At de criminibus capitalibus ſermo nobis inſtitutus erat, non de privatis: nec ſi in privatum judicium ea deducātur, capitalia eſſe deſinunt, licet eorum perſecutio capitalis nō ſit, ſed privata. Agendi enim modus criminis qualitatem non tollit, ſed executionis modum diſtinguit. Et verò judicio privato vel de privato crimine ſi agatur, ecquis unquā dubitavit procuratorē intervenire poſſe, ut neceſſe non fuerit vel leges publicorum judiciorum id permittere, vel Alexandrum de eo quod ſatis notū erat reſcribere, & Ulpian. in commentarios ſuos referre? Pergit Briſſon. *In publicorum judiciorū criminibus non rectè intervenit*. At cur Briſſon. non ait: *In publicorū criminū judiciis, &c.* ſicut in membro ſuperiori *in privatorū criminum cauſis?* aut cur non ibi potius *in privatorum judiciorū criminibus*, ut oppoſitio, quæ inter eadem eſſe debet, ſibi conſtitiſſet? Sed animadvertit, opinor, vir aliâs accuratæ diligentiæ, ſi vel iſto loco privata judicia dixiſſet, Ulpianum adverſari, qui in d. §. publicè, non privatorum, ſed capitaliū judiciorum, quæ ſemper publica ſunt, mentionē facit, vel hoc loco publica crimina dixiſſet, adverſari Alexandrum qui in d. l. reos loquitur de criminibus capitalibus, quæ publica ſunt, & de criminibus publicis, quæ in judiciis publicis exami-

Digitized by Google

examinarentur, Alexandrum intelligendũ eſſe, clauſula reſcripti ipſius, qua legibus *publicorum judiciorum* id permitti, ut defenſor admittatur, affirmat. Si publicorum judiciorum legibus id permittitur, iſtæ autem de publicis criminibus latæ ſunt, non de privatis, concedet tandem Briſſonius, crimina capitalia, de quibus Alexander reſcripſit, non eſſe ea quæ in judicio privato, ſed quæ in judicio publico verſarentur. Id verò ex collatione d. §. publicè, & d. l. reos, apparet multò manifeſtius. Alexander enim ait, *reos capitaliũ criminum.* Ulpianus ait, *etiã in capitalibus judiciis.* Uterq; igitur de criminibus capitalibus, & ne diſtinctioni Briſſonianæ locus ullus relinqueretur, Ulpianus optimus Alexandri interpres, de criminibus capitalibus quæ in judiciis capitalibus verſarentur. Judicia autem capitalia publica ſunt, non privata; ut valdè mirer doctiſſimũ virum in publicorum judiciorum criminibus procuratorem non rectè intervenire contra expreſſos textus d. §. publicè, & d. l. reos, affirmare auſum fuiſſe. Ait Ulpianus, etiam in capitalibus judiciis (quæ publica ſunt) defenſio datur, & Alexander leges publicorum judiciorũ id permittere ait. Briſſonius negat: Ait enim, In publicorum judiciorum criminibus procurator non rectè intervenit. At Ulpianum & Alexandrum verè locutos quis dubitat? Falſum igitur Briſſonius, & diſtinctio ab ipſo poſita legibus non

conſentanea. Jac. Cujacius itaq; aliter d. §. publicè, & d.l. reos, d. obſ. 20. interpretatur & monet obſervandum eſſe, textus illos loqui tantùm de capitalibus judiciis & de reis capitaliũ criminum, id eſt, de receptis inter reos capitalium criminum lite conteſtata, qui ſoli abſentes damnari poſſint: receptos autem inter reos judicio publico non capitali, veluti adulterii, defendi abſentes non poſſe, per d.l. miles qui, 11. §. ea quæ. Diſtinguit Cujac. non inter crimina capitalia, ut Briſſon. faciebat è modo ea in judicium publicum vel judicium privatum deducendi, nec, ut vulgò interpretes, inter crimina capitalia propriè ita dicta, & impropriè ex pœna, ſed inter crimina capitalia & non capitalia, & de his quidem indiſtinctè affirmat, eos qui iis tenentur abſentes etiam inter reos receptos defendi non poſſe: in capitalibus autem diſtinguit, ut cum quibus præſentibus eorum nomine lis conteſtata eſſet, ſi poſtea abeſſe cœperint abſentes damnari poſſent, cum quibus conteſtata non eſſet, non poſſent. Qua etiam in diſtinctione non eſt de nihilo quod deſiderari poſſit. Quod enim ad crimina non capitalia attinet, hoc eſt, in quibus pœna eſt relegatio aut relegatione minor, Cujacius ſimpliciter negat abſentes defendi poſſe, Interpretes ſimpliciter affirmant, ille per d. l. miles qui, §. ea quæ, cui addo l. 1. verſ. ſed etſi ea cauſa ſit, D. an per ali. cauſæ appell. reddi poſſ. hi per l. abſentem

tem 5. D. de pœn. cui addo l. 1. D. de requir. vel abſent. damnand. Sanè ſi ex illis cauſis damnari quis poteſt abſens, ut expreſſus text. eſt in d. l. abſentem, quid ni & abſens ex iiſdem cauſis defendi poſſit, ex generali illa ab Ulpiano in d. §. publicè, tradita regula, quòd ubicunq; abſens quis damnari poteſt, ibi etiam abſens defendi poſſit. Ne dicas, in capitalibus duntaxat judiciis regulam illam obtinere, non etiam in aliis. Ex eo enim quòd publicè utile eſt abſentes à quibuſcunq; defendi, & quòd ubicunq; abſens damnari quis poteſt, defendi etiam poteſt, infert Ulpianus, idem fieri poſſe in judiciis capitalibus, argumento ſumto à genere ad ſpeciem. Et præterquam quòd Ulpianus generaliter id affirmat, de ceteris judiciis quæ capitalia nō ſunt, id, quaſi quod in confeſſo ſit, præſupponit, & vocula ET ſatis arguit idem eſſe dicendum in aliis etiam non capitalibus. Niſi enim id in omnibus judiciorum generibus locum haberet, vicioſa eſſet Ulpiani collectio. An verò Cujacius ex eo, quod affert, adulterii exemplo id quod voluit probaverit, neſcio. Nam Gordianus quidem Imp. in l. ſi quondam, 15. C. ad leg. Jul. de adulter. ſi quondam, inquit, uxor tua antequam crimine adulterii accuſaretur provinciam acceſſit, neq; abſens accuſari poteſt. Alexander autem Imper. in l. adulteram, 13. C. ad leg. Jul. de adulter. Adulteram, inquit, ſi poſteaquam crimē contra eam incoatum eſt, provin-

Digitized by Google

conſentanea. Jac. Cujacius itaq; aliter d. §. publicè, & d. l. reos, d. obſ. 20. interpretatur & monet obſervandum eſſe, textus illos loqui tantùm de capitalibus judiciis & de reis capitaliũ criminum, id eſt, de receptis inter reos capitalium criminum lite conteſtata, qui ſoli abſentes damnari poſſint: receptos autem inter reos judicio publico non capitali, veluti adulterii, defendi abſentes non poſſe, per d. l. miles qui, 11. §. ea quæ. Diſtinguit Cujac. non inter crimina capitalia, ut Briſſon. faciebat è modo ea in judicium publicum vel judicium privatum deducendi, nec, ut vulgò interpretes, inter crimina capitalia propriè ita dicta, & impropriè ex pœna, ſed inter crimina capitalia & non capitalia, & de his quidem indiſtinctè affirmat, eos qui iis tenentur abſentes etiam inter reos receptos defendi non poſſe: in capitalibus autem diſtinguit, ut cum quibus præſentibus eorum nomine lis conteſtata eſſet, ſi poſtea abeſſe cœperint abſentes damnari poſſent, cum quibus conteſtata non eſſet, non poſſent. Qua etiam in diſtinctione non eſt de nihilo quod deſiderari poſſit. Quod enim ad crimina non capitalia attinet, hoc eſt, in quibus pœna eſt relegatio aut relegatione minor, Cujacius ſimpliciter negat abſentes defendi poſſe, Interpretes ſimpliciter affirmant, ille per d. l. miles qui, §. ea quæ, cui addo l. 1. verſ. ſed etſi ea cauſa ſit, D. an per ali. cauſæ appell. reddi poſſ. hi per l. abſen-

tem

tem 5. D. de pœn. cui addo l. 1. D. de requir. vel abſent. damnand. Sanè ſi ex illis cauſis damnari quis poteſt abſens, ut expreſſus text. eſt in d. l. abſentem, quid ni & abſens ex iiſdem cauſis defendi poſſit, ex generali illa ab Ulpiano in d. §. publicè, tradita regula, quòd ubicunq; abſens quis damnari poteſt, ibi etiam abſens defendi poſſit. Ne dicas, in capitalibus duntaxat judiciis regulam illam obtinere, non etiam in aliis. Ex eo enim quòd publicè utile eſt abſentes à quibuſcunq; defendi, & quòd ubicunq; abſens damnari quis poteſt, defendi etiam poteſt, infert Ulpianus, idem fieri poſſe in judiciis capitalibus, argumento ſumto à genere ad ſpeciem. Et præterquam quòd Ulpianus generaliter id affirmat, de ceteris judiciis quæ capitalia nō ſunt, id, quaſi quod in confeſſo ſit, præſupponit, & vocula ET ſatis arguit idem eſſe dicendum in aliis etiam non capitalibus. Niſi enim id in omnibus judiciorum generibus locum haberet, viciosa eſſet Ulpiani collectio. An verò Cujacius ex eo, quod affert, adulterii exemplo id quod voluit probaverit, neſcio, Nam Gordianus quidem Imp. in l. ſi quondam, 15. C. ad leg. Jul. de adulter. ſi quondam, inquit, uxor tua antequam crimine adulterii accuſaretur provinciam acceſſit, neq; abſens accuſari poteſt. Alexander autem Imper. in l. adulteram, 13. C. ad leg. Jul. de adulter. Adulteram, inquit, ſi poſteaquam crimē contra eam incoatum eſt, provin-

ciam exceſſerit, etiam abſentem inter reos recipi poſſe explorati juris eſt. Nec obſtat quod Alexander id totidem verbis non expreſſerit, quòd adultera illa de qua loquitur etiam abſens defendi poſſit. Satis enim eſt per bonam conſequentiam ex ipſius reſcripto hoc deduci, qua ipſe Cujac. d. obſer. 21. uſus eſt. Adulterum abſentem inter reos receptum abſentem defendi poſſe negat Cujacius: ego contra affirmo per d. l. adulteram, hoc modo: Qui damnari poteſt abſens, idem & defendi poteſt abſens: Propoſitio eſt Ulpiani in ſæpedicto §. publicè. At adultera abſens damnari poteſt. Aſſumtionem hanc ſi Cujacius negare volet, videat ne ſuo ſe ipſum juguler gladio. Ita enim in d. obſ. 21. ipſe definit, qui inter reos recipi poteſt, idem & damnari poteſt. Aſſumo ego, imò aſſumit Alexander ipſe in d. l. adulteram: at adultera ſi poſteaquam crimen contra eam incoatum eſt, provinciam exceſſerit etiam abſens inter reos recipi poteſt. Adultera igitur ejuſmodi abſens etiam damnari poteſt. Dices damnari ſanè poſſit, poſſit etiam inter reos recipi, non tamen poteſt defendi. At verò illa omnia ex collectione Ulpiani in d. §. publicè ita connexa ſunt, ut ſi ponas unum, alterum ex ea poni neceſſe ſit. Quid igitur eſt quod in l. 1. D. an per ali. cauſ. appellat. reddi poſſ. dicitur, ſed etſi ea cauſa ſit ex qua ſequi ſolet pœna uſq; ad relegationem, non oportet per alium cauſas agi, ſed ipſum

adeſſe

adeſſe auditorio debere ſciendum eſt? & in d l. miles qui, §. ea quæ, ea quæ inter reas adulterii recepta eſt, abſens defendi non poteſt? Tentari poſſet ex utroque Gordiani & Alexandri reſcripto conjuncto, eodem modo in criminibus non capitalibus diſtinguendum eſſe, quo modo diſtinxit Cujacius in criminibus capitalibus, ut ſiquidem lis conteſtata nondum eſſet, abſens accuſari non poſſet, multò minùs defendi, quod diſtinctionis membrum Gordianus definiiſſet, at ſi conteſtata & crimen incoatum eſſet, abſens inter reos recipi poſſet, quod cum effectu accipio, ita ut etiam damnari poſſet, quod definiiſſet Alexander. Quæ diſtinctio ſi vera eſſet, nullo negocio nodus iſte explicari poſſet, ut d. l. 1. & d. §. ea quæ, intelligerentur de abſentibus, cum quibus lis nondum eſt conteſtata, ceteræ leges in quibus abſens damnari dicitur acciperentur de abſentibus, cum quibus lis eſt cōteſtata. Sed refragantur huic d.l.abſentem, & d.l.1.de requiren.quas lóqui de eo caſu quo lis nōdum eſt conteſtata, ex eo manifeſtū eſt, quòd in gravioribus criminibus abſentem non damnari dicitur, qui tamen, ut paulò pòſt dicetur, abſens damnaretur, ſi lis eſſet conteſtata, ut ex oppoſito, quod de abſentibus ex levioribus criminibus damnandis dicitur, ibidem eodem modo accipiendum ſit in caſu litis non conteſtatæ. Dicere autem jure Codicis aliud in levioribus criminibus re-

ceptum, aliud jure Digeſtorum, periculoſum eſt, non ob id tantùm quod Alexander ait explorati juris eſſe, ut adultera abſens poſt litem conteſtatam inter reos recipiatur, quod opponitur juri novè conſtituto, ſed etiam quòd Juſtinianus omnia ſua fecit, nec veroſimile ſit cùm Alexander ante Juſtinianum multis annis cum imperio fuerit, atq; eo etiam tempore explorati illud juris fuerit, Papinianũ tam fuiſſe incogitãtem ut negaverit abſentem inter reos adulterii receptam defendi poſſe, aut Compilatores tam facinoroſos, ut quod Papinianus affirmaſſet, ipſi negantem feciſſent. Verùm omnem hanc quæſtionem de criminibus non capitalibus accuratius mihi conſideranti duo occurrunt, ex quibus illa definienda eſſe videtur. Unum ad receptionem inter reos, alterum ad modum abſentiæ refertur. Cõſtat inter reos recipi criminoſum nõ ex crimine capitali duntaxat, ſed etiã ex crimine nõ capitali: ſed quando criminoſus reciperetur jus vetus aliud eſt à jure novo, nimirum conſtitutionum, ut tradit Cujac. d. obſerv. 21. Jure aut more veteri, inquit Cujacius, etiam lite non conteſtata reus abſens poſtulari poterat, poſtulari nempe ut inter reos reciperetur, ut in l. vim, 39. §. in matrimonio, D. ad leg. Jul. de adulter. & in aliis autoribus ſępe, quod quomodo fiat in dicto loco expoſuit idem Cujacius: & non poſtulari tantùm, ſed re ipſa etiam in reos ante litem conte-

ſtatam

ſtatam ad poſtulationem criminoſum recipi ſolitum generaliter traditum eſt in l. hos accuſare 12. D. de accuſat. & in ſpecie de adultero qui Reipubl. cauſa abeſt in reos non referendo lege Julia cautum fuit, l. ſi maritus, 15. §. legis, D. ad leg. Jul. de adult. ex quo intelligitur abſentes ex alia cauſa licuiſſe inter reos referre & recipere. At verò ex jure conſtitutionum ante litem conteſtatam nemo abſens inter reos recipi poteſt. Qui autem inter reos receptus eſt, jure tam veteri quàm novo accuſari & damnari vel abſolvi poteſt. Hinc mirum non eſt dici, quem accuſari & peragi de jure veteri, qui jure novo accuſari vel peragi negatur. Gordianus in d. l. ſi quondam, adulteram abſentem accuſari poſſe negabat, Papinianus in d. §. ea quæ affirmabat, eo ipſo quod abſentem defendi poſſe negabat, ſed ille ex jure novo, hic ex jure veteri loquebatur. Rurſus Alexander adulteram poſt incoatum crimē inter reos recipi poſſe reſcribebat, Papinianus quidem id non negabat, ſed quod Alexāder dicebat diſtinctè, hoc Papinianus dicebat indiſtinctè, hoc eſt, ſive lis eſſet cōteſtata ſive non conteſtata. Et tamē tam Impp. quàm Papinianus rectè, & veroſimile eſt tempore Papiniani, qui ſub Antonino Caracalla multis annis ante Alexandrum & Gordianum vixit, jus illud novum nondum fuiſſe conſtitutum. Fuiſſe tamen jure etiam veteri diſtinctionem inter crimina capitalia & non capitalia in

eo exiſtimo, quod ob crimina non capitalia inter reos recepti abſentes etiam re ipſa damnarentur vel abſolverentur, ob crimina autem capitalia non protinus peragerentur, ſed ſi abſentiæ cauſa juſta eſſet, ſententia differretur, uſquequò reus rediiſſet. Sed quoniam ad omnem dubitationem, quæ ex legum inter ſe oppoſitione oritur tollendam, ea quæ dixi per ſe ſola non videntur ſufficere, exiſtimarem ſupradictis alterum illud quod abſentiam criminoſi reſpicit non incommodè addi poſſe, ut eum qui ita abſens eſt, ut tamen ejus copia haberi poſſit, dicamus abſentem cauſam ſuam per alium agere non poſſe, ſed ipſum adeſſe auditorio oportere, idque indiſtinctè in cauſis tam capitalibus quàm non capitalibus. Hinc illud in l.1.D.de requirend. *ut copiam ſui præſtet*. & illud in d.l.abſentem, *ſi ſæpius admoniti per contumaciam deſint*, id eſt, abſint. E contrario autem eum abſentem cujus copia haberi nequeat, intelligamus abſentem accuſari & defendi poſſe, ſiquidem poſteaquam quàm lis conteſtata eſt abeſſe ceperit. Ita d.§.publicè, & d.l.reos, interpretabimur de abſente, cujus copia haberi nequit, lis tamen cum eo conteſtata eſt, at d.l.abſentem, & d.l.1.D.an per ali.cauſ. appell. red. de abſente, cujus copia haberi poſſit, neque dum cum eo lis conteſtata ſit, utrobique tamen juris veteris & novi diſtinctione obſervata. Ita etiam d.§. ea quæ, interpretabimur ex jure veteri,

teri, & ſimul abſentem illam intelligemus, quę ita abeſt ut tamen copia ejus haberi poſſit. Et hactenus quidem oſtenſum eſt quid in primo membro diſtinctionis Cujaciacenę, quoad crimina non capitalia, deſiderari fortaſſe poſſit, eademq; opera quid jure veteri in capitalibus receptum fuerit, oſtenſum eſt. Quod enim ad jus novum attinet, Cujacii ſententia mihi videtur veriſſima, ut recepti inter reos capitalium criminũ lite conteſtata abſentes damnari poſſint. Ex quibus omnibus conſtat, id quod ab initio nobis quærebatur, ex cauſis tam capitalibus quàm non capitalibus abſentem damnari poſſe, ſi cum eo lis conteſtata ſit: ſin autem lis cum eo conteſtata nõ ſit, ex capitalibus cauſis abſentem damnari non poſſe, ex cauſis autem non capitalibus jure novo non poſſe, poſſe jure veteri. Verùm conſuetudine generali ab his juribus receſſum eſſe, omnes affirmant, quod cujuſmodi ſit exponere loci eſt alterius, neq; uſquequaque eſt expeditum. An autem ſi quis abſit, neq; dum cum eo lis conteſtata ſit, is omninò impunè feret? Nihil minus. Nam qui ita eſt abſens ut tamen copiam ſui præſtare poſſit, ut ſe ſiſtat à judice ſeu magiſtratu cogi poteſt; cujus autem copia haberi nequit, is annotatur inter reos. Eſt verò annotare nihil aliud niſi abſentem referre inter reos requirendum, l. 1. l. 2. l. annus 4. D. de requir. vel abſent. damn. l. 1. C. eod. l. qui cum uno, 4. §. reus capitalis

talis, D. de re milit. l.1.§. Divus, D.de jure fiſci. Annotati autem requirebantur edictis à judice vel magiſtratu propoſitis,quibus reus adeſſe jubebatur, aut literis ad magiſtratū loci,in quo reus conſiſtebat, miſſis, ut innoteſcere poſſet reo,ſe annotatum eſſe requirēdum, d. l.abſentem,authen.ſi verò criminis,C.ad leg.Jul.de adult.idemq; docuit Barn.Briſſon.lib.1.de verb. ſignif.per d.l.1. §.præſides autem, D.de requir. vel abſent. & d.l.annus. Interim bona annotati arbitrio judicis obſignabantur ad eum effectum,ne fuga criminoſi inſtrueretur, & ut tædio obſignationis factæ, qua omnis bonorum ſuorum adminiſtratio ipſi ſuſpendebatur, ad redeundū magis permoveretur: & ſimul mandatis cautum erat,ſi annotatus intra annū rediiſſet, & ſe purgaſſet, bona reſtituerentur ei, ſi autem neq; reſpondiſſet, neq; qui ſe defendat habuiſſet, tunc bona poſt annum in fiſcum cogerentur, l.fi. D.de requir.vel abſent.damn.l.1. C. eod. poſt lapſum autem anni audiretur quidem innocentiam ſuam demonſtrans, facultates nihilominus ejus penes fiſcum remanerēt, l.2.C. eod. Ita quod ab initio pœna non erat, ex poſtfacto pœna conſtituitur, nimirum ſi intra annum ad requiſitionem ſeſe criminoſus, cujus bona erant, non ſtiterit. Sed ex quo tempore iſte anni lapſus computandus ſit, videntur Conſtitutiones diverſum à jure Digeſtorū definiiſſe. Digeſta enim annum ex die citationis computant,

putant, l. 1. §. & ex hoc, & l. 4. D. de requ. vel abſent. damn. Conſtitutiones ex die accuſationis, l. 2. C. eo. Verùm puto diſtinguendum eſſe eum adverſus quem præſentem ab initio judicium inſtitutum eſt, ab eo qui antequam accuſaretur abeſſe cepit, ut cùm ille ſciat ſe accuſari, ut citatione ulla non videatur opus eſſe, ex die accuſationis, hic autem ex die citationis intra annum comparere & ſe purgare teneatur, ſciturus ni id faciat, bona ſua fiſco vindicatum iri, ſive compareat, ſive non compareat poſt anni lapſum. Extra controverſiam igitur eſt reos ipſos ſeu perſonas eorúmve nomina annotari ſolita, atq; adeò non Latinis tantùm, ſed & Juriſconſultis rectè dici *Annotare reum*, quibus etiam videtur hęc phraſis fuiſſe propria. An & bona annotari dicantur, quæritur. Accurſius in d. l. 1. in verſ. adnotatus, D. de requirend. reis, affirmat, quem pleriq; Interpretes ſequuntur omnes, & quotidianus uſus confirmat: unde frequens illa in foro bonorum annotationis mētio. Duarenus autem 1. diſp. 8. negat, concedens Reos annotari, bona verò deſcribi & obſignari; quod ſi proprietatem ſermonis ejusque uſum apud veteres, præſertim Juriſconſultos ſpectes, veriſſimum eſt: nec in ullo juris noſtri textu, neque etiam facilè in ullo alio autore probato bona annotari inveneris, ut Robert. 3. ſentent. 8. Duarenum vellicandi cauſam juſtam non habuerit. Sanè quod ad rem attinet, quę obſignatione

tione bonorum ſignificatur, non diffiteor ſicut perſonæ annotari dicuntur, ita & res ſeu bona annotari dici poſſe, quoniam ea bonorum obſignatio, de qua dictum eſt, in conſequentiam fit perſonæ: ſed cur non eadem etiam ratione Rei ſeu perſonæ deſcribi dicuntur? Verùm aliter quàm Juriſconſulti noſtri fecerunt loqui, mihi eſſet religio, maximè ſi res de qua quæritur peculiarem habeat appellationem, & ſit ab aliis diſtincta. Magis igitur Duareno aſſentior, quamvis Roberti etiã ſententia ex uſu loquendi à Doctoribus noſtris uſurpato & hodie approbato vera ſit. Diſtinguenda enim illa potius ſunt, quàm inter ſe committenda.

An Deportatione libertas amittatur? ubi explicatur l. cognitionum, 5. §. conſumitur, D. de extraord. cognit. CAP. XII.

CAPITIS appellatio naturalis eſt & civilis. Naturalis capitis appellatio hominibus omnibus communis eſt, quin & animalibus ratione non præditis, quod cùm amittitur, homo vel animal aliud quodvis, cujus fuit, extinguitur. Non idem eſt in capite civili, cùm fieri poſſit, ut homo qui illud habuit, eo amiſſo homo nihilominus ſit & maneat, ſed id quod jure civili fuit ex capite illo, eſſe deſinat. Caput autem civile ſtatum hominis ſignificat, ex quo ſtatu eſt, ut is qui jure naturali erat & dicebatur homo, mox ex jure civili ſit etiam & dicatur

tur

tur perſona. Vox enim hominis juris eſt naturalis, vox perſonę, juris eſt civilis, ut homo quidem aliquis eſſe poſſit, qui tamen perſona non ſit, cùm aliâs perſona nemo ſit, quin idem ſit homo. Ita fit ut homo capite naturali definiatur, perſona capite civili, & à quo caput civile removeris, ab eodem eo ipſo etiam appellationem perſonæ removeas. Unde perſonam in jure definimus hominem qui habeat caput civile. Id verò in tribus eſt: in libertate, in civitate & in familia, ex quo homo perſona eſt, & ita liber, Civis Romanus, Agnatus. In his enim civilis hominis vita conſiſtit, ac proinde ſicut ademto capite hominis naturali, vita naturalis hominis deſinit, ita ademta libertate, civitate & familia, vita civilis hominis omninò deſinit: aut ſi unũ ex illis tribus amittatur, illa ſaltem ex qua caput quod nunc amiſſum eſt habere dicebatur. Quę capitis civilis amiſſio contingere poteſt capite atque adeò vita etiam naturali ſuperſtite. Ceterùm ea capitis civilis amiſſio capitis minutio ſeu diminutio dicitur, quę nihil eſt aliud niſi ſtatus, quem quis in capite illo habebat, mutatio; in princip. Inſtit. de capit. diminut. l. 1. D. eod. l. 2. D. de in integr. reſtit. Paul. 1. ſentent. 7. Quæ ex triplici illo capite facta eſt à Juriſconſultis triplex, nimirum Maxima, Media & Minima: & Maxima quidem illa, qua omne caput civile, videlicet & libertas, & civitas, & familia amittitur: Media, qua civitas, & in conſequen-

tiam

Digitized by Google

tiam etiam familia, non libertas: & deniq; minima, qua familia duntaxat, civitate & libertate manente integra & incolumi, l. final. D. de capit. minut. Ita maxima ad libertatem, media ad civitatem, minima verò ad familiam refertur. Libertate enim ſublata, quid reliquum fuerit? at civitate ademta, libertas utiq;, quæ juris eſt naturalis, ſalva manet, non itidem familia, quæ juris civilis eſt, cujus communionem non habet, niſi qui civis eſt: familia autem mutata, nõ tantùm utraq; illa manet, ſed ſtatus etiam ejus qui familiam mutat, ut plurimum fit melior. Nam ex filiofamiliâs fit paterfamiliâs, & qui in familia caput non habebat, caput habere incipit: quamvis ex contrario è patrefamiliâs fieri poſſit filiusfamiliâs, quod cùm accidit, qui caput habebat caput habere deſinit. Sed familiæ mutatio beneficium plerunq; eſt, raro pœna: civitatis autem vel libertatis mutatio ſemper eſt pœna, nunquam beneficium. Atq; hæc pœna eſt, quæ Juriſconſultis noſtris eſt & dicitur pœna capitalis, à capite nimirum, quæ capitis quidẽ naturalis mors eſt, capitis verò civilis, civitatis amiſſio, l. ſi qui reus, 5. §. illud, D. de publ. jud. l. res uxoris, 24. C. de donat. inter vir. & ux. Qui namq; civis eſſe deſiit, is civitati mortuus eſſe intelligitur, eò quòd è civium numero ſublatus eſt, perinde ut is qui mortuus eſt naturaliter, ſeparatione animæ factà à corpore in numero hominum eſſe deſiit. Ita pœnam capitalem

talem definivit Modeſt.in l.licet,103.D.de verbor.ſignif.eodemq; modo judicia capitalia Ulpian.in l.2. D.de publ.jud. ex effectu nimirum, quòd ex illis mors,aut exilium eſt,atq; in quib. adeò de capite hominis naturali vel civili agitur. Civitatis autem amiſſionis duntaxat à Modeſtino,& exilii ab Ulpiano fit mẽtio, eò quòd his poſitis ſatis intelligeretur, multò magis libertatis amiſſionem ſub pœna capitali intelligi. Ita & Afric.rei capitalis damnatos eos intelligit, quibus pœna mors, aut aquæ, & ignis interdictio eſt, l. edicto, 13. D. de bon. poſſeſſ. & Terentius Clemens accuſationem capitalem eam ex ſententia Labeonis eſſe ait, cujus pœna mors aut exilium eſſet,l.eum patronum,10.D. de jure patr.cui conſentit Ulpian. in l. qui cum 14.§.is demum,D.de bon.libert.Is demum,inquiens, videtur capitis accuſaſſe, qui tali judicio appetit,cujus pœna aut ſuppliciũ habuit(id eſt mortem)aut exilium, quod ſit vice deportationis,ubi civitas amittitur. Eodemq; modo capitis accuſatio interpretanda eſt in l. ſi filius, 33.§.penult.D.de fideicomm.libertat.ubi Paulus cùm prius ſpeciem accuſationis capitalis, nimirum, ſi quis alium in ſervitutem petierit, poſuiſſet, ſubjungit protinus genus, ut oſtenderet id quod de ſpecie accuſationis capitalis dixiſſet, verum eſſe de accuſatione capitali omni, atque ita & Ulpianus accuſationi capitis conjungit petitionem in ſervitutem, in l. ſed ſi

O hac

Digitized by Google

hac lege, 10. §. ſi liberta, D. de in jus voc. & leges aliæ quas annotavit Briſſon. lib. 3. de verb. ſign. in verb. à capite, atq; etiam l. 1. §. removet, D. de poſtul. ut capite ſuperiori expoſitum eſt, ut maximè Briſſonius eam de illo, qui damnatus eſt eo crimine, cujus pœna exiſtimationem tantùm minuit, accipiat. Veruntamen quod in d. l. ſi filius, §. penult. & in d. l ſed ſi hac lege, §. ſi liberta, accuſatio capitalis diſtinguitur à petitione in ſervitutem, hoc eò pertinet, ut intelligamus petitionem in ſervitutem aliam eſſe ab accuſatione capitali, qua quidem nō petitur quis in ſervitutem, ſed accuſatur de crimine, de quo ſi accuſatus convincatur, ex libero fiat ſervus. Petitio in ſervitutem civilis eſt, accuſatio capitalis eſt criminalis, utraq; tamen de capite: ſed hæc, ut is qui caput verè habet, id amittat, illa ut is qui dicitur caput non habere, declaretur ſervus eſſe. Illa igitur ſervum non facit, ſed ſervum qui eſt declarat, hæc eum qui ſervus non erat, ſervum facit. Quoniam autem tam hac quàm illa cauſa capitis agitur, & utriuſq; effectus idem eſt, inde eſt ut petitio in ſervitutem conjungatur accuſationi capitali, quæ criminalis eſt. Sed ut capitis naturalis diminutio mors eſt ſive ſupplicium, quod modò ſecuri, modò gladio, modò igni, modò aliis modis irrogatur, ita capitis civilis diminutio eſt libertatis vel civitatis amiſſio, quæ ipſa etiam variis modis cōtingit, quos Juſtinianus ſub eo titulo Inſtitut.

qui

qui eſt de capitis diminutione, expoſuit, & Cõpilatores ex cõmentariis Juriſconſultorum in Digeſta retulerunt. Inter eos autem quibus civitas amittitur ſalva libertate, id eſt, qua media non maxima capitis diminutio inducitur, eſt ignis & aquæ interdictio, olim quidem, ſed in cujus locum poſtea ſucceſſit deportatio, §. minor, Inſtit. de capit. minut. l.2. §. conſtat, D. de pœn. l. Gallus 29. §. & quid ſi tantùm, D. de lib. & poſtum. l. amiſſione, 5. D. de cap. dim. l.2. D. de publ. judic. l. peculatus, 3. D. ad leg. Jul. peculat. d. l. edicto. Nam jure civili hi quibus aqua & igni interdictum eſt, accipiendi ſunt pro deportatis, ut in l. liber homo, 59. § ſi heres, D. de hered. inſtit. l. qui dolo, 10. in fine, D. ad leg. Jul. de vi public. l. fin. D. de legat. Quòd autem deportati ab his quibus aqua & igni interdictum eſt in l. 1. §. hi quibus, D. de legat. 3. & deportatio ab aquæ & ignis interdictione in d. l. res uxoris, & in §. minor, Inſtit. de capit. dimin. diſtingui videntur, in eo juris antiqui veſtigia animadvertimus. Antiquitus enim utraque & aquæ atq; ignis interdictio & deportatio in uſu fuit, ſed illa hac atrocior, hæc autem illa frequentior: deportatione ſiquidem ſola olim civitas non amittebatur, nec civitatem quis unquam populi juſſu amittebat invitus, ut ex Ciceronis Oratione pro domo ſua ad Pontifices apparet. Ut autem deportati civitatem etiam amitterent, id quidem diſertè non pronuncia-

batur, ſed deportato ſimul aqua & igni interdicebatur, ut deportati duobus maximè neceſſariis elementis ſpoliati alterius civitatis jus quęrere cogerentur, quo quæſito jus civitatis Romanæ amitterent. Ita aquæ & ignis interdictio deportationem ut plurimum cõſequi ſolebat, quandoq; tamen etiam aberat. Civitatis autem amiſſio non erat effectus aquæ & ignis interdictionis, ſicuti nec deportationis, ſed potius effectus voluntatis deportati, cui voluntati aquę & ignis interdictio occaſionem pręběbat, non etiam deportatio. Hæc cùm haberent ambages, viſum tandem eſt Romanis, ut etiã ſine condemnati voluntate, & antequam alterius civitatis ipſe civis factus eſſet, civitas Romana protinus condemnatione ſub certo pœnæ genere facta amitteretur, idq; pœnæ genus eſſet deportatio, aquæ & ignis interdictione, eò quòd ſupervacanea eſſe crederetur, & nomen eſſet triſtius, ſublata. Ita deportatio antiquitus pœna fuit, ut ita dicã principalis, aquæ & ignis interdictio illi ſubordinata ad eum effectum, ut deportatus permoveretur ad alius civitatis jus quęrendum, eoq; jus civitatis Romanę atq; ipſam etiam civitatem amittendum. Poſteris temporibus deportatio manſit, ſed effectus hic ipſi tributus eſt, ut deportatus quamprimùm Civis Romanus etiam invitus eſſę deſineret, cumq; aqua & igni deportato olim propterea interdiceretur, ut alia civitate quæſita Civis Roma-

Romanus eſſe deſineret, interdictio illa rejecta eſt, & in ipſius locum ratione effectus illius, cui ipſa occaſionem præbebat deportatio ſubſtituta. Nam quòd deportatio in locũ aquæ & ignis interdictionis ſucceſſiſſe ſuprà demonſtratum eſt, id non ita eſt accipiendum, quaſi deportatio tùm primùm eſſe cœperit, cùm in locum aquæ & ignis interdictionis ſucceſſit, ſed quòd omnis aqua & ignis interdictionis natura, & quidem amplius in deportationem eſſet tranſfuſa, haud ſecus atq; quod Senatuſconſulti erat Pegaſiani in Trebellianũ transfuſum eſt, quod ipſe Juſtinian. noſter ſatis luculenter expreſſiſſe videtur Novell. 22. c. 13. cùm ait, in deportationem migraſſe antiquam aquæ & ignis interdictionem. Hinc non tantùm promiſcuus ille appellationis utriuſq; & deportationis, & ignis atq; aquæ interdictionis uſus in legibus noſtris remanſit, ſed ἐκ τοῦ περιττοῦ utraque interdum, ut in proximè allegatis duabus legibus, conjuncta eſt. Nam in d. l. res uxoris, & in d. §. minor particula VEL ἑρμηνευτικὴ potius eſt & correctiva, quàm ut diverſam rem aut qualitatem inducat, ſicut & aliâs Imperatores in conſtitutionibus ſuis πλαἰυλέξως locutos eſſe, nec tam de vocabulis eorumq; proprietatibus fuiſſe ſolicitos, atque fuerunt Juriſconſulti animadvertimus. Eadem περίττεια eſt in d. l. 1. §. hi quibus, ſed non eadẽ ratione explicanda. Nam particula ITEM eo in loco poſita diverſitatem omnimodò in-

ducere videtur. Non ineptè fortaſſe quis dixerit ea verba, ITEM DEPORTATI, eſſe imperiti alicujus deſcriptoris aut gloſſographi, qui cùm ex aliis juris textibus didiciſſet deportationem in locum aquæ & ignis interdictionis ſucceſſiſſe, ea margini aſſcripſerit, quę in ipſum contextum poſtea irrepſerint. In pandectis ad exemplar Florentinum excuſis verba illa virgulis ſunt interlineata, quæ ſignificent, poſſe illa pro omiſſis aut non ſcriptis haberi, imò in nonnullis etiam exemplaribus non ſcripta eſſe. An ea reſponſione aut explicatione defungamur, neſcio. Ejuſmodi enim interlineatura in ipſo pandectarum Florentinarum archetypo nulla eſt, ut ex pandectarum ex Florentinis pandectis repræſentatarum editione, quæ Florentiæ apud Laurentium Torrentinum, Anno M.D.LIII. prodiit, apparet. Si ad textus emendandos proclivis eſſem, quod vicium nonnullis nimis eſt familiare, haberem, quòd dicerem non omninò improbabiliter, nempe ex notis errorem creatum eſſe, & pro ITEM apud Ulpianum ſcriptum fuiſſe, ID EST, quod verbum διαζευκτικὸν eſt & explicativum, ut probat Briſſonius lib. 9. de verb. ſignif. in verb. Id eſt. Nec eſſem primus qui in his vocibus emendationem illam introducerem. Nam quod in Florentinis exemplaribus legitur ID EST, in l. 14. D. de actionibus emti & venditi, id in vulgatis legitur ITEM, & ſex locis IDEM EST ſcri-

ſcriptum eſſe pro ID EST, notavit Cujacius lib. 9. obſervat. cap. 15. & lib. 13. num. 37. Et certè in proclivi eſt literarum illarum inter ſeſe commutatio, & notiſſima illa literæ D pro T, & viciſſim uſurpatio. Nec difficile fuit ut in variis Pandectarum deſcriptionibus, ut maximè ab initio ex notis error nullus creatus ſit, quod ſcriptum erat, *id eſt*, commutaretur in *Item*. Hac emendatione admiſſa, nihil à ſuperioribus alienum in d. §. hi autem, aſſeritur, ſed quod dixerat Ulpianus, *hi quibus aqua & igni interdictum eſt*, nempe ex antiquo jure, id explicatius dicit, ſeipſum interpretando, *id eſt, deportati* ex jure novo, nempe quòd deportati non eſſent alii ab his quibus igni & aqua interdictum eſſet. Sed an ſatis tutò hæc ita affirmentur, neſcio, nec auſim dicere diſtinctionem illam jus vetus ſapere, ſiquidem indiſtinctè Ulpianus affirmat, & de deportatis & de his quibus aqua & igni interdictum eſt, quòd civitatem amittant, quod de jure antiquo non erat. Quid igitur dicendum? Hoc nimirum, ut Ulpian. affirmet mediam capitis minutionem paſſos fideicommiſſum relinquere non poſſe, quomodocunq; tandem & quocunq; nomine appellentur, deportatiné, an hi quibus igni & aqua interdictum eſt. Vis enim axiomatis Ulpiani omnis in eo eſt, ut oſtendatur mediam capitis minutioné paſſos fideicommiſſum relinquere non poſſe: At hodie ſive deportatos

ſive interdictos aqua & igni vocites, dubium non eſt quin civitatem amittant. Licebit tamẽ per me hic etiam ut & in aliis rebus controverſis cuiq; in ſuo ſenſu abundare, nec tam his adhærebo, quin meliora afferenti certioraq́; libenter ſim aſſenſurus. Deportatio autẽ eſt pœna exilii aſſignato certo plerunq; loco, in quo condemnato manendũ erat, quod cùm ut plurimum fieret in inſulas, ut præcideretur occaſio fugiendi, quæ minor eſt in inſulis quàm in mediterraneis, plenius dici ſolet deportatio in inſulam. Quam deportationis appellationem inde natam eſſe doctiſſimus Adrian. Turnebus lib. 20. adverſar. c. 16. exiſtimat, quòd Senatus cenſuiſſet milites eos, qui ex Cannenſi acie fugerant, ex Italia in Siciliam deportandos eſſe, nec antè inde reportandos in Italiam, quàm Pœnus Italia depulſus eſſet. Cui addo deportationem factam navibus additis cuſtodibus, qui condemnatos deportarent. Sanè quin civitas ea amitteretur, apud omnes JCtos, nullo prorſus excepto, erat, atq; etiamnum eſt extra controverſiam. Sed an libertas etiam? De eo itidem inter omnes conſtitiſſet, libertatem deportatione non tolli, niſi unicus Calliſtratus ſcrupulum injeciſſet, qui eſt in l. cognitionum, 5. §. conſumitur, D. de extraordin. cognit. Nam quod ad idem Cujacius in expoſitione Novellæ 22. verſ. & conſequenter deportatione, allegat l. 4. §. ult. D. de gradib. & affinib. fit præter
Mo-

Digitized by Google

Modeſtini, ex cujus pandectis lex illa deſumta eſt, mentem & ſententiam, qui docuit cognationes & affinitates amitti, ſive maximam ſive mediam capitis diminutionem quis pateretur, & mediã quidem illis verbis: *Is cui aqua & igni interdictũ eſt*, deſignavit, maximam verò verbis proximè ſubſequentibus, *aut aliquo modo capite diminutus eſt, ita ut libertatẽ & civitatem amitteret*, & utranq; illam apertius diſtinxit, quàm ut dubitari debeat an aquæ & ignis interdictio ſpecies ſit, aut modus, quo capite quis ita minuitur, ut libertatem & civitatem amittat. Unicus igitur Calliſtratus hanc nobis diſceptationem peperit in d. §. conſumitur, cùm ait: *Conſumi exiſtimationẽ, quoties magna capitis minutio intervenit, id eſt, cùm libertas adimitur, veluti cùm aqua & igni interdicitur, quæ in perſona deportatorũ venit.* Rectè quidem illud, quòd magna capitis diminutione libertatẽ adimi affirmat. Sed quid illud eſt, quod in deportatis exemplũ ſubjicit, quaſi iis unà cum civitate libertas etiã adimatur? An quòd ita revera ſit, ut deportatio ſit maxima capitis diminutio? quod ſcripſit Boëtius ad Ciceronẽ in Topicis. At verò novum nõ eſt, ut Philoſophi, cujuſmodi fuit Boëtius, verbis Juriſconſultorum utantur pinguius, & affirmare illud fuerit contra communem Juriſconſultorum Scholam, quin etiã expreſſa & diſerta Juſtiniani Imper. verba in d. §. minor. An verò quòd Calliſtratus revera ita

ſenſerit, atque in eo à ceteris Juriſconſultis diſſenſerit omnibus? quod Græci innuere videntur hanc rem inter ἐναντιοφανῆ referẽtes, veruntamen inexplicatã relinquentes. Sed Calliſtratum in eo quod erat notiſſimũ à ceteris diſſentire voluiſſe veritati haud eſt conſentaneum, & ut maximè diſſenſerit, enormis Compilatorũ juris negligentia ea in re argueretur contrarietatem tam manifeſtam in Digeſta referentium, quam ex mãdato Juſtiniani tollere debuerant: aut ſi ab illo facinore Compilatores vindicare voluerimus, quod utiq; faciendum eſt, cùm Juſtinianus omnia ſua fecerit, ſubtilis aliqua ratio invenienda eſt, ut Calliſtratus cum Juriſconſultis ceteris, aut potius Juſtinianus ſibi ipſi concilietur. Jacobus Rævardus lib. 3. varior. c. 5. ſcribit, Calliſtratum idem ſenſiſſe cum ceteris, ſed reſponſum ipſius mendoſum eſſe, & pro eo quòd legitur, *veluti cum*, legendum, *vel utique cum*, ut ita ſub magna capitis diminutione intelligatur non ea duntaxat, qua libertas amittitur, aliâſq; maxima dici ſolet, ſed illa etiã, quæ aliâs dicitur media, & civitatem tantùm adimit, adeoq; appellatio magnæ capitis diminutionis communis ſit utriq; & maximę & mediæ. Sanè eſt illa Rævardi conjectura non omninò nova, quandoquidem Accurſ. in gloſſ. teſtatur, quoſdam *vel* legere pro *veluti:* ſed præterquã quòd emendatio iſta nulla exemplaris alicujus autoritate nititur, ſolent mihi emendationes eſſe ſuſpe-

ſuſpectę, nec ad eas facilè decurrendum eſt, ſi alia interpretandi ratio, ſi non omninò neceſſaria, at probabilis ſaltem & commoda haberi poſſit. Tantò verò minus illā hoc loco admittendam cenſeo, quòd veroſimile non ſit Calliſtratum tanta præpoſteratione uſurum fuiſſe, ut cùm dixiſſet, libertatem magna capitis diminutione adimi, ſubjecerit exemplum, quo non libertas ſed civitas tantùm adimeretur, & tum demum exemplum, quo adimeretur libertas; cujuſmodi eſt damnatio in metallum, vel in opus metalli, ut conſtat ex l. aut damnum, 8. §. eſt pœna, l. ſunt quidam, 17. l. in metallum, 36. D. de pœn. l. 3. D. de his quæ pro nō ſcript. habent. Ita enim poſt ea quæ ſuprà ſunt poſita verba Calliſtratus ſubjicit, *vel cum plebejus in opus metalli vel in metallum datur:* quę verba ad præpoſterationem illam evitandam, ſi Calliſtratus ita, ſicut vult Rævardus, ſcripſiſſet, proximè ſubjici debuiſſent verbis: *Cùm libertas adimitur*, ut ſibi cohæſiſſent. Fr. Zoanettus multò audacius c. 17. reſtit. ad pandectas, pro *magna*, contendit legendum eſſe *media*, & pro, *id eſt*, legendum eſſe, *idem eſt*. Quomodo aptius quidē verba textus ſibi cohęrebunt, ut ſingula exempla reſpiciāt ſingulas capitis minutiones, eo ordine poſita quo ipſæ minutiones poſitę erant, & ſenſus ſit, exiſtimationem conſumi media capitis diminutione, atque ita amiſſione civitatis, cujus exemplū ſit in eo, cui aqua & igni interdictum eſt,

eſt, quod eveniat in deportatis: ſed idem eſſe, hoc eſt, exiſtimationem etiam cõſumi, ſi libertas ſit ademta, hoc eſt, ſi quis maximam capitis diminutioně patiatur, quod eveniat in damnatis in opus metalli, vel in metallum: ſed præter omnium exemplarium fidem emendationes factæ ſi promiſcuè admittantur, quid tandem in libris juris ſalvi fuerit, ingenioſis hominibus oppidò invenientibus, quod probabiliter emendent? Nec video hoc loco cur Calliſtratus non maluerit ſingulis ſpeciebus ſua exempla ſubjicere, quod facilius quàm illud facere potuiſſet. Sed quando Rævardo & Zoanetto hactenus impunè licuit textum pro arbitrio ſuo emendare, eamq; emendationě pro certa venditare, licebit, opinor, & mihi non aſſeverare, ſed tentare, ingenioſisq; cogitandũ relinquere, an nõ, ſi omninò textus emendandus eſſet, multò probabilius atq; ab iſtis factũ eſt emendari poſſet alterutro horum modorum? Uno, ut dicamus verba illa, *id eſt, cùm libertas adimitur*, eſſe imperiti alicujus gloſſographi, qui cùm exiſtimaret nullam eſſe magnã capitis diminutionem, niſi qua libertas adimatur, ſimulq; intelligeret aquæ & ignis interdictione libertatem non adimi, margini aſſcripſerit, vel textui ſuperſcripſerit, *id eſt, cùm libertas adimitur*, ut antinomia, quę ipſi aliâs committi videbatur, tolleretur, quæ verba poſtea in deſcriptione in ipſum contextũ irrepſerint. Idq; non eſt invero-ſi-

roſimile, & ſi vel unius manuſcripti autoritate niteretur, omninò ita factum eſſe affirmarem. Eo enim nihil eſſet planius, theſi nimirũ à Calliſtrato poſita, exiſtimationem cõſumi, quoties magna, ſive maxima illa ſit, ſive media, capitis minutio interveniret, cujus utriuſq; capitis minutionis exempla illuſtrationis cauſa protinus ſubjicerentur. Altero, ut ſi verba illa omninò Calliſtrati ſunt, dicamus à Calliſtrato, non ut pandectæ hodie habent, ſed ita ſcriptum fuiſſe, *id eſt, cũ libertas adimitur, vel civitas veluti cum aqua & igni interdicitur*, &c. errore nimirum ex notis creato, & ab ipſis Cõpilatoribus commiſſo, vel cùm ipſi rectè integrum locum deſcripſiſſent, ab aliis eo, quod ſcriptum erat, omiſſo. Et ex notis quidem error ipſorum Compilatorum ejuſmodi eſſe potuit, ut cùm apud Calliſtratum pro antiquo ſcribentium more ſcriptum eſſet i. e. c. l. a. V. C. a. e. i. i. & notas V. C. repetere debuiſſent, ſemel tantùm eam ſcripſerint. Ex pandectis enim literas majuſculè ſcriptas, niſi una pro alia ſit poſita, repetendas eſſe nemo ex omnibus qui libros juris intuitus eſt, ignorat. Priori autem loco V. C. erat, *vel civitas*, poſteriori erat, *veluti cum*. Omitti autem potuerunt, ut maximè à Compilatoribus eſſent ſcripta verba illa *vel civitas*, vel quòd ab imperito aliquo interprete eſſent expuncta, qui exiſtimaverit, non eſſe illam magnam capitis diminutionem, ſi libertate ſalva civitas amittatur,

mittatur, vel ex deſcriptoris incuria & negligentia, quòd ob vicinitatem literarum, quæ eſt in verbis *vel civitas*, & *veluti cum*, facilimè fieri potuit, nec ulla inter illa eſt differentia, niſi in duabus duntaxat ſyllabis, *as* & *um*, & literarum tranſpoſitione exili. Qua ratione in contextu nihil hiulcum fuerit, nihil inconveniens, nihil quod cum Juriſconſultis ceteris pugnet. Verùm cùm hæc in conjecturis meris ſint poſita, nolim temerè quid affirmare aut immutare, præſertim quòd interpretationem nõ incommodam afferri videam, per quam textus ſuſtineatur, & Calliſtratus cum ceteris concilietur. Ea autem eſt Duareni lib. 1. diſp. cap. 9. Antonii Goveani lib. 2. lectionum, c. 11. & Jacobi Cujacii in notis ſuis ad d. §. minor, in verb. libertas verò retinetur, quam idem repetiit lib. 3. obſer. cap. 10. & in expoſitione d. Novell. 22. qua ſentiunt, deportatione quidem etiam libertatem adimi, ſed non omnem. Libertas duplex eſt, una jure naturali competens, quam omnes omninò homines habent natura; altera eſt competens jure Quiritium, quæ non omnibus eſt communis, ſed Civium Romanorum propria: haud ſecus atque patria quædam poteſtas eſt omnibus gentibus communis, quædam verò civium Romanorum propria, §. 2. Inſtit. de poteſtat. patr. Hæc juſta dicitur, illa quodammodo injuſta, non ſimpliciter, ſed comparatione facta ad jus Romanum, quo effectus ejus ferè

nullus

nullus eſt; aut certè non is qui eſt libertatis juſtæ, ex quo etiam ſimpliciter dicitur naturalis, l.unica, in princ. C.de Senatuſc. Claudian.toll. & nuda, nempe à jure civili ejusq; effectibus, l. unic.C.de mulier.quæ ſe propr.ſervis junxer.& imperfecta, nempe quòd rudis ſit, nec à jure civili agnita aut informata, l.unica, in princ.C. de latina libert. tollen. Juſta enim libertas ita à natura eſt origine ſua, ut à jure civili etiam ſit approbata & informata, omnesq; juris effectus ſecum trahat, atq; adeò ipſum etiam jus civitatis, & inde non ſicut illa nuda & imperfecta dicitur, ſed pleniſſima, l.unica, §.ſin autem, C.de commun.ſervo manumiſſ. & vera libertas, d.l. unica, §. ſimiliq; modo ſi dominus, C.de latin. libert. tollend. nec ſicut illa naturalis tantùm, ſed etiam legitima, d.l.unica, §.1. C.de commu. ſervo manumiſſ. & Romana libertas, d.l.unica, §. ſimiliq; modo, C. de latin. libert. toll. Hanc libertatis diſtinctionem Juriſconſultos etiam veteres, ex quorum commentariis Digeſta noſtra conſarcinata ſunt, agnoviſſe, vel ex eo manifeſtum ſatis eſſe poteſt, quòd ipſorum tempore ſervi manumiſſione quidem liberi fiebant, at non omnes æqualiter, ſed alii ita, ut plenam, abſolutam & juſtam conſequerentur libertatem, hoc eſt eam, quæ civium Romanorum erat propria, unde per manumiſſionem ita fiebant liberi, ut protinus etiam fierent cives Romani, alii non prorſus plenam, hoc eſt nudam

dam illam & imperfectam, juri naturali duntaxat cognitam, qui ob id etiam nō fiebant cives Romani, ſed aut Latini, qui viventes quidem liberi erant,& ſe pro liberis gerebant,ſed mortui pro ſervis habebãtur, aut dedititiorum numero habebantur,qui ſervili,ut ita dicam, propemodum libertate utebantur, ut conſtat non ſolùm ex titulis Codicis deLatina libertate tollenda,&,de dedititia libertate tollenda,item ex l. 2. C. de fideicom. libert. l. ſi Rufinus,4.C.de teſtam. mil.& §.fin.Inſtit. de libertin.ſed etiam ex Digeſtorum legibus, ut l.generaliter,29. D. qui & à quib.manumiſ.l.ſi fideicommiſſorum, 11.D.ut in poſſeſſ.legat. l.cogi poterit,16. in fin. D.ad Senatuſc.Trebel.cum ſimil. Agnoverunt verò eandem diſtinctionem alii etiam autores Latini. Ita enim Cicero in ea pro Cæcinna, *nihil*, inquit, *rationis affers, quamobrem ſi libertas adimi nullo modo poſſit, civitas poſſit. Nam & eodem modo de utraq; re traditum nobis eſt, etſi ſemel civitas adimi poteſt, retineri libertas nō poteſt. Qui enim poteſt jure Quiritiũ liber eſſe is, qui in numero Quiritium non eſt?* Livius hiſtoriæ ſuæ li.22.ait: *liberi atq; incolumes deſiderate patriam; deſiderate dum patria eſt, dum cives ejus eſtis: Serò nũc deſideratis diminuti capite, abalienati jure civiũ.* Et Seneca in li.de beata vita ſcribit: *Hominibus ꝓdeſſe natura jubet: ſervi liberíve ſint hi, ingenui an libertini, juſtæ libertatis, an inter amicos data.* Sic&Suetoni⁹ deAuguſto in vita ejus me-

moriæ

moriæ prodidit,*quòd ſervos non contentus multis difficultatibus à libertate juſta removit.* Sed multò apertius Seneca eam libertatem,quæ ex jure naturæ eſt, diſtinxit ab ea, quæ eſt ex jure Quiritium lib.2.natural.quęſt.his verbis: *Quid eſt præcipuum? Inprimis liberum animũ habere, hæc res efficit,non è jure Quiritium ut ſit liber, ſed ex jure naturæ.* Idem ex recentioribus plenè demonſtravit Alexander ab Alexand.dier.genial. lib.4.c.10.Juſtus Lipſius in com.ad lib.13.Annal. Cornelii Taciti, in verb. manumittendi duas ſpecies. Ita igitur ſtatuendum eſt, deportatione civitatem amitti,id quod extra controverſiam eſt,neq; negat Calliſtratus. At civitate amiſſa omnia ſimul amitti, quæ civitati ſunt cõſequentia, nemo eſt qui dubitet. Hinc communio juris civilis civitate amiſſa amittitur, & quod ad ejus communionem attinet, deportati mortuorum loco habentur,quoniam civitati Romanæ ejusque juri mortui eſſe putantur ſublati è numero& quaſi è civis civium Romanorum,l.actione,65.§.publicatione, D.pro ſocio, l.1. §. quidam, D. de bonor. poſſeſſ. contra tabul. d. l. edicto, & d.l.3. D.ad leg.Jul peculat. Neq; enim per omnia deportatos mortuorum loco haberi,ſubindicat l.ex facto 17.§.ex facto, D.ad Senatuſconſ.Trebell. l. ſed ſi mors, 13.§.1. D.de donat.inter vir. & uxor. l. intercidit,59.§. 1.D.de condit.& demonſtrat. & explicat Cujacius ad l. 121. D.de verb. oblig. His conſequens

eſt ut civitate amiſſa, deportatus etiam libertatem, quę jure Quiritiũ competit, id eſt, juſtam, legitimã, Romanam perdat, ſed non eam quæ ex jure naturę competit, quę tum demum cùm quis maximam capitis diminutionem patitur, amittitur. Quæ interpretatio per diſtinctioné Calliſtratũ cum aliis conciliat, neq; eſt improbabilis. Sed videamus an ea Calliſtrato ſatis cõveniat. Nam ipſum de ejuſmodi libertatis diſtinctione ne ſomniaſſe quidem Rævardus ſuprà dicto capite affirmat. Qui hoc? *Quia ſi dixeris*, inquit Rævardus, *ſic libertatem accepiſſe Calliſtratum, neceſſum erit, ut mihi cõcedas, quod nunquam conceſſurus es, aliam quoq; libertatem nullam adimi ſervis pœna. Unã enim libertatem ita interpretatus eſt Calliſtratus, ut illam eandem, quam ſervis pœna adimit, deportatis quoq; adimere videatur.* Acutè, ſed nõ ſatis logicè. Primùm enim, non ſi libertas jure Quiritium competẽs deportatione amitti dicitur, eademq; dicitur amitti damnatione in opus metalli vel in metallum, ex eo ſequitur, damnatione in opus metalli, vel in metallum nullam aliã amitti libertatem, quàm eam quæ jure Quiritium competit. Nam uno diſparatorum poſito, non protinus removetur alterum, ſicut fit in poſitione contrariorum: & ſi quid alteri in aliquo ſimile eſt, inde non ſequitur ut quod in uno non eſt, propterea etiam non ſit in altero. Et verò multò magis, ſi damnatione in opus metalli vel in

metal-

Digitized by Google

metallum libertas etiam de jure naturæ competens amittitur, amittetur etiam ea, quę competit de jure Quiritium. Naturalis enim libertas ſine Romana eſſe poſſit, cujuſmodi eſt in peregrinis, at non viciſſim Romana ſine naturali. Deinde attendendum eſt, Calliſtratum ipſos libertatis amittendæ modos inter ſeſe non comparare, nimirum quatenus his vel illis modis libertas Romana aut naturalis amittatur (id enim extra propoſitum eſt) ſed exiſtimationem conſumi etiam, non minui tantùm oſtendit, ſi libertas ſit ademta, quocunq; modo ſit ademta, ſive eo quo non omnis amittitur, ſed Romana tantùm, qui eſt deportatio, ſive eo quo omnis amittitur & naturalis & Romana, qui eſt damnatio in metallum, ſeu opus metalli. Nam ad ſummam ejus quod Calliſtrato erat propoſitum, parum intererat, quomodo libertas amitteretur, ſaltem ut amitteretur, cùm aliâs etiam rarum non ſit, ut quod generale eſt, pro ratione ſubjectæ materiæ reſtringatur. Propoſitum erat Calliſtrato dicere de minutione & conſumtione exiſtimationis, nimirum quando illa minuta tantùm, quando conſumta etiam dicenda eſſet. Utranque autem & minutionem & conſumtionem definit fieri ex delicto, non tamen ex delicto ſimpliciter, ſed autoritate legum, hoc eſt, quatenus ex delicto jus exiſtimationem minui aut conſumi voluit. Nec enim ex eo quod

 deli-

delictum eſt minutio aut conſumtio iſta ſequitur, ſed ex eo & quod delictum eſt & quod jus ex eo delicto effectum illum conſequi voluit. Effectus eſt minutio ſeu conſumtio exiſtimationis, cauſa eſt jus, eaq́; principalis, delictum autem eſt cauſa inſtrumentalis, per quã jus effectum illum producit. Id igitur de quo Calliſtratus agit, exiſtimatio eſt ejuſdemq́; privatio, quibus modis illa contingat. Exiſtimationem autem Calliſtratus ibidem definit, quòd ſit dignitatis illæſæ ſtatus, legibus ac moribus comprobatus. Sive igitur ipſam exiſtimationẽ ſpectes ſive dignitatem, juris civilis eam eſſe manifeſtum eſt. Cùm autem nihil tam ſit naturale, quàm ut quo quidq́; modo colligatum eſt, eodem diſſolvatur, exiſtimatio ſive dignitas jure civili tollitur, non naturali, jure autem civili ob delictũ accedente pronunciatione magiſtratus ſive judicis, nõ quidem ut neceſſe ſit diſertè id exprimi minutam ſeu conſumtã eſſe exiſtimationem, ſed quòd ſtatuatur quid à judice, cui effectum illum minutionis aut conſumtionis jus velit eſſe conſequens. Id verò contingit inter alios modos etiam in ademtione libertatis, quæ quot quibúsve modis accidat, alibi exponitur. Libertatis, inquam, quæ jure etiam tantũ Quiritium competat, quandoquidem ea, quæ naturalis eſt, ſublata, nõ dubitabatur, quin exiſtimatio protinus etiam minuatur ſeu conſumatur. Quin de libertate quæ jure Quiritium

com-

competit monuiſſe videbatur ſatis eſſe, quippe ſi hac ſublata privatio illa exiſtimationis conſequitur, multò magis ſublata naturali, & niſi naturalis ſit, Romana eſſe nequeat. Atq; cùm deportatio in eo ſimilis ſit damnationi in opus metalli vel in metallum, ut utraq; illa libertas Romana ſive juſta adimatur, concedimus Rævardo Calliſtratum unam libertatem ita interpretatum eſſe, ut illam eandē quam ſervis pœnæ adimit, deportatis quoq; non adimere ſolùm videatur, ſed revera etiam adimat, nempe libertatem Romanam, de quá ſermo erat, non naturalem, ſine cujus mentione, id, quod Calliſtrato erat propoſitum, etiam efficitur. Ceterùm ut Rævardi illud telum evitaretur, Johan. Robert. lib. 3. ſentent. c. 9. cautius quàm ceteri hoc ἐναντιοφανὲς diſſolvere voluiſſe videtur, eò quòd ſupradictæ libertatis diſtinctioni alteram etiam Accurſii interpretationem conjungit, quæ ejuſmodi eſt. Dictum eſt ſuprà ex l. fin. D. de capit. min. à Juriſconſultis tres conſtitui ſpecies capitis minutionis, prout tria ſunt in quibus caput civile conſiſtit, unde etiam triplex illa capitis diminutio ab Auſonio inter triadas relata eſt, ut annotavit Barn. Briſſonius lib. 3. de verb. ſignif. Verùm duarum interdum ſpecierum duntaxat mentio fit in legibus, Magnæ nimirum & Minoris, ut in l. 1. §. ſi filius, D. de ſuis & legit. ut ſub appellatione magnæ capitis diminutionis utraq; illa, quæ alias diſtinguitur,

Digitized by Google

maxima nimirum & media comprehendatur d.§.ſi filius,l.1.§.capitis, D.ad Senatuſc. Tertyllian. l. 1. D. de uſufruct. legat. quomodo etiam nonnullis videtur à Boëtio deportatio dicta eſſe maxima capitis diminutio, cùm ipſe revera deportationem mediam eſſe capitis diminutionem intellexerit. Hujus bimembris diſtributionis exemplum apud Calliſtratũ eſſe exiſtimat Robertus, ita ut magnam capitis diminutionem intelligere debeamus nõ eam duntaxat, quæ aliâs maxima ſive major dicitur, ſed illam etiam quæ aliis & Juſtiniano ſit media. Sed vereor ut hæc interpretatio huic loco non ſatis conveniat. Præterquam enim quòd Calliſtratus ea ratione omnia confuſius propoſuiſſet, eſt etiam illa ſuperflua, quandoquidem ex ſuprapoſita libertatis diſtinctione idem illud quod Robert. ſentiebat, conſequitur, ut quod per unum fieri poteſt, non ſit neceſſe expedire per plura. Non tamen eſt de nihilo quod in diſtinctione illa libertatis Calliſtrato accommodata deſiderari poſſit. Si enim mediam capitis diminutionẽ Calliſtratus intelligebat per magnam, tam facilè illi fuerat dicere mediã quàm magnam,&quid erat ut protinus ſeipſum quaſi interpretando ſubjiceret, *id eſt, cum libertas adimitur?* ut interpretatio Roberti ex hoc fundamento non ſit omninò inveroſimilis, ſi ita eam accipiamus, ut magnam capitis diminutionem Calliſtratus utranq; & magnam & me-

diam

diam intellexerit, & rurſus libertatem utranq;, & naturalem & Romanam, atque ita orationis compendio uſus fuerit, cùm utranque illam utrinq; iiſdem appellationibus complecti poſſet. Idq; conſtat ex proximè ſubjectis exemplis, nimirum ut aquæ & ignis interdictio reſpiciat mediam capitis diminutionem, qua civitas Romana, & per conſequens libertas jure civitatis Romanæ competens adimitur, damnatio autẽ in opus metalli ſeu in metallum reſpiciat maximam capitis diminutionem, qua jam non civitas duntaxat, & jure civitatis jura competentia adimantur, ſed libertas etiam naturalis, hoc eſt, ea etiam quam non cives Romani tantùm habent, ſed etiam peregrini, modò non ſint ſervi. Quomodocunque igitur & quæcunq; libertas amittatur, ejus qui eam amiſit exiſtimatio conſumitur; quoniam exiſtimatio à jure civili dependet: Juris autem civilis communionem amittit tam is qui civitatem duntaxat amittit, quàm is qui amittit libertatem naturalem, & hic quidem omnem, ille verò juris civilis Romani: protinus enim cùm alterius Reipubl. civis eſſe incipit, ejus etiam juris communionem adipiſcitur. Qui autem libertatem naturalem amittit, is ſervus efficitur, adeò ut ne alterius quidem Reip. civis fieri poſſit. Servitus enim conſtitutio eſt juris gentium. Qui Romanam amittit duntaxat, is liber manet naturaliter, & reſpectu quidem Reipub. Romanæ ſervus dici

 poteſt,

poteſt, ſed reſpectu Reip. alterius ſervus non eſt, quia non qui alienus eſt à jure Romano, confeſtim à jure alterius Reipub. removendus eſt, ſiquidem illi ſe ſubjecit. Hinc eſt ut qui libertatem Romanam, id eſt jus utendi legibus & jure Romanorum amiſit, non dicatur ſervus, ſed peregrinus, atque inde eſt ut in metallum damnati dicantur ſervi fieri, deportati non ſervi, ſed peregrini, vel ut eſt in l. ſed etſi 10. §. ſi per pœnam, D. de in jus vocando, ad peregrinitatem redigi, quod cujuſmodi ſit expoſuit doctiſſimus Briſſon. lib. 1. antiquit. ſelect. c. 13. hoc nimirum, ut ex eo qui civis erat Romanus fiat peregrinus, ut cùm ſtatum antea haberet civitatis, ſtatum nunc habeat peregrinitatis. Hinc peregrinum dicimus eum qui civis Romanus non eſt, l. ſed etſi 6. §. ſolemus, D. de hered. inſtit. quæ peregrini definitio Juriſconſultis eſt certiſſima. Græci Barbaros vocabant, Hebræi Gojim, id eſt gentes. Nam quòd peregrinus dicitur quòd quaſi peregrè extra patriam propriam agens in aliena exiſtat quam peragret, quomodo peregrinus accipitur in conſtitutione Friderici, incipiente: Omnes peregrini, vulgi eſt & Grammaticorum, non Juriſconſultorum, & hic peregrinans rectius ab eo, quòd peregrinetur, dicitur, quàm peregrinus, quomodo in Conſtitut. Friderici, incipiente: Habita, ſcholares peregrinari dicuntur. Ita vox peregrini juris eſt, vox peregrinantis eſt facti: & ci-

vis

Digitized by Google

vis Romanus nunquã eſt peregrinus, ſed peregrinans eſſe poteſt, & verò ſæpenumerò etiam eſt:atq; peregrinantis appellatio & civi Romano & peregrino communis eſt, peregrini appellatio nullius eſt niſi hominis liberi, qui civis Romanus non ſit, adeò ut cùm is qui civis eſt Romanus, civis eſſe deſinit, libertate naturali ſalva, protinus peregrinus eſſe incipiat. Sicut enim qui peregrinatur à patria peregrè abeſt, ita qui peregrinus eſt abeſt à jure, quod civium Reipubl. Romanæ proprium eſt. At cùm peregrinum dicamus quem, nempe reſpectu Reipubl. Romanæ, inde fit ut qui ita peregrinus eſt, civis tamen eſſe poſſit, nimirum Reipublicæ alterius, cujus Reipubl. cives habituri eſſent viciſſim Romanos pro peregrinis, quod cùm per ſe ipſum ſatis pateat, pluribus exponere ſupervacaneum eſt.

Utile & inutile, civile & incivile quid ſit in jure. CAP. XIII.

IN proclivi eſt, ut voces utile & civile, inutile & incivile inter ſeſe & ob literarum, & ob rerum viciniam commutentur, quæ commutatio ut fiat, ſępenumerò parum aut nihil intereſt, idq; tantò magis in Juriſconſultorũ libris, quantò illi in Stoicis imitãdis fuerunt diligentiores. Stoicis autem vix quidquam fuerit utile, quod idem non ſit civile, & vix quidquam civile, quod idẽ non ſit utile, & rurſus vix quid-

Digitized by Google

quam inutile, quod non incivile, & viciſſim. Civile enim aliquid dicitur ab eo quod ſit civium Reipub. alicujus, eorumq; vel publicè omnium, vel privatim ſingulorum: at illud propterea eſt civium, & ab ipſis receptum, quod ipſis publicè vel privatim utilitatem afferat. Jura enim ob hominũ utilitatem conſtituta ſunt. Incivile igitur eſt, quod utilitati Reipub. repugnat, adeoq; vel expreſsè eſt prohibitum, & in tranſgreſſores vindicta conſtituta eſt, vel non quidem prohibitum, neq; tamen etiam approbatum. Pactũ, exempli gratia, nec civile eſt nec utile, quoniam non videbatur intereſſe Reipublicæ, ut ex quovis pacto promiſcuè quis obligaretur: & tamẽ nihil tam naturali æquitati eſt conveniens, quàm ut ea de quibus convenit cuſtodiantur, l.1. D. de pact. l.1. D. de conſtitut. pecun. Incivile igitur eſt, inutile eſt. Etſi enim quæ juris ſunt naturalis, prima facie videantur eſſe utilia, & ejuſmodi etiam ſint, ſi ſimpliciter & per ſe ſpectentur, fieri tamen poteſt, ut prout forma Reipublicæ alicujus conſtituta eſt, utilia non ſint, & quia non utilia, non etiam recepta ab his qui Rempublicam iſtam conſtituerunt & informarunt, & quia non recepta, juri naturali relicta ſint, nec facta civilia.* Ita quæ in jure Romano leguntur pleraque juris ſunt naturalis ſive gentiũ, ſed quòd profutura eſſe credebantur Reipubl. Romanæ à civitate Romana recepta ſunt, eaque receptione facta

ſunt

ſunt civilia: multa verò etiam recepta non ſunt, quoniam non videbantur fore utilia Romanis, ideoq; incivilia ſunt, hoc eſt, à civitate vel à civibus Romanis non recepta. Ex eo igitur quòd aliquid utile erat futurum, factum eſt civile: quod inutile erat futurum, id incivile remanſit, non quòd civile fieri non potuerit, ſed quòd, cùm inutile eſſet, Reipublicæ factum non eſt. Poterat omne pactum indiſtinctè à Romanis approbari, atq; ita fieri civile, ſed non approbarunt omne, quia videbant non omne pactum fore utile: & approbatum civile eo ipſo factum eſt, non approbatum, non quidem factum eſt incivile, incivile tamen eo ipſo quòd approbatum non eſt, eſſe intelligitur. Quare ſi quæ inter utile & civile eſt differentia, ea omnis meo quidẽ judicio in eo conſiſtit, ut utile civili prius ſit, civile utili poſterius, adeò ut quod eſt inter cauſam impulſivam, & effectum, idem ſit inter utrunq; illud, ut verè dicere liceat, eſſe quidem omnia civilia etiam utilia, ſed non viciſſim omnia utilia eſſe civilia, videlicet ſi conferas hæc inter ſeſe in genere non accommodata ad certam aliquam Rempublicam. Aliâs enim quod ad Rempubl. Romanam attinet, in jure ad ipſam publicè vel privatim pertinente nihil utile fuerit, quod idem civile non ſit, & nihil civile quod idem non ſit utile. Itaq; perinde eſt in l. 1. §. cum exigente, D. depoſiti, utrum legas, *inutile*, ut pandectæ Florentinæ exhibent, an

verò

verò *incivile*, ut legit Haloander, quam lectionum varietatem agnovit etiam ibidem Accurſius, & utranq; interpretatus eſt, ut neq; Duareno Haloandrinam, nec Roberto Florentinam lectioné tantoperè exagitare neceſſe fuerit, illi lib. 1. diſp. c. 11. huic lib. 3. ſentent. c. 11. Abſurdum tamen non eſt ut quod in Republ. una civile eſt, id in altera ſit incivile, vel quod in altera illa id receptum non ſit, vel diſertè prohibitum. Ob circumſtantias enim diverſas, inprimis verò locorum, temporum & perſonarum, fieri non potuit, ut omniũ omninò hominum jus eſſet unum & idem: cùm in eadem gente accidat, ut quod placuit aliquando, rurſus diſpliceat, & quod diſplicuit, placeat, atq; ita jus jure tollatur, & quod civile fuit, fiat incivile, aut viciſſim quod incivile, fiat civile. Ex eadem Stoicorum ſchola eſt quod Juriſconſulti noſtri nihil utile eſſe exiſtimarunt, quin idem eſſet honeſtum. Cùm igitur omnia quæ in jus Romanum relata ſunt, utilia ſint, omnia etiam illa ex conſequenti fuerint honeſta. Sicut autẽ non omne utile factum eſt civile, ita non omne honeſtum factum eſt civile.. Civilium enim appellatio anguſtior eſt, ad ea duntaxat pertinens, quæ ex utilibus & honeſtis ſelecta, Romanorũ facta ſunt propria, eorumq́; Reipubl. accommodata. Sanè omne quod civile eſt, etiam honeſtum eſt, etiam utile eſt, & omne quod honeſtum eſt, eſt utile, & omne quod utile eſt, eſt hone-

Digitized by Google

honeſtum: in Republ. etiam Romana, omne quod utile eſt, civile eſt, & omne quod honeſtum eſt, civile eſt. Verùm ſi per ſe illa & in genere ſpectentur, non omne quod utile eſt, civile eſt, nec omne quod honeſtum eſt, civile eſt. Multa enim in ſe utilia, multa in ſe honeſta, nō ab omni & quavis Republ. recepta ſunt: & civile aliquid eſt ex impoſitione hominis, honeſtum & utile natura, quod quid civile eſt & dicitur, id extra ipſum eſt, quod honeſtum & utile in ipſo eſt. Ipſum autem tale quid eſt & eſſe poteſt, etſi quod extra ipſum eſt, ipſi non accedat: quamprimùm autem cùm ipſi acceſſit, illa inter ſeſe in illa Republica in qua acceſſit, reciprocantur, & ultrò citroq; commutantur. Utile igitur & honeſtum valde latè ſe diffundit: civile autem intra terminos coërcetur, & hoc coërcitum utrunq; etiam illud utile, & honeſtum coërcet. Quod idem etiam ita ſenſit Duarenus d. cap. 11. ſtatuens ſine honeſtate nihil omninò poſſe eſſe utile, & non omne quicquid honeſtum eſt jure ac legibus præcipi. Quam Duareni ſententiam non ſatis aſſecutus eſt Joh. Robert. lib. 3. ſent. c. 12. cùm ſcripſit, nonnullos exiſtimare, (tacitè Duarenum taxans,) multa quæ honeſta non ſunt, legibus permitti; à quo tamen ipſe Duarenus ſe ipſum ſatis vindicat in l. juſtitia, D. de juſt. & jure, & in l. 1. D. de pactis, ex cujus utriuſq; legis commentario à ſe edito, id quod ad finem dicti cap. 11. ea de re ſcripſit, voluit

luit intelligi, qui cùm in ſtudioſorum manibus verſetur, nō puto opus eſſe Robertum ad Duarenum reprehendendum nonnunquam nimis pronum pluribus refutare.

Ad l.2.§.mutui datio, D.de reb.creditis ſi cert. petat. CAP. XIV.

MUtui datio cōſiſtit in his rebus, quæ pondere, numero, & menſura conſiſtunt, quoniā earum datione poſſumus in creditum ire, quia in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem, quàm ſpecie, ait Paulus in l. 2. §. mutui datio, D.de reb.cred.ſi cert.pet. Quærunt interpretes quid ſit illud, quod dicit Juriſconſultus functionē recipere. Alciatus in commentario ſuo ad d. §. mutui datio, n.2. functionem dicit eſſe uſum, utilitatiſvé ipſius effectū, & æſtimationem, quę pro re alia fit, ut creditori ſatisfiat. Unde functionē recipere nihil fuerit aliud, quàm recipere uſum æſtimationémve utilitatis ipſius, quomodo in lib.2.paradox. cap. 20. expoſuiſſe videtur, cùm ſcribit in mutui datione nō cenſeri obligatam ſpeciem, ſeu eam rem, quæ data eſt, ſed ſi tantundem ſolvas, te liberatum iri. Zaſius cum Alciato functionē dicit eſſe uſum promiſcuum, & functionem in mutuo magis attendi in eo, quòd ritè & rectè ſolvatur res accepta, quàm ut attendatur ſimilitudo ſpeciei, quaſi dicat, quantumcunq; res fungibiles ſint ſimiles, & invicem communicentur,

Digitized by Google

centur, tamen ſi non fiat ritè & formaliter ſolutio, tunc non conſiſtere mutuum. Vaconius à Vacuna lib.3.declarat.46.n.5. functionem interpretatur finem & interitum, ut functionem recipere nihil ſit aliud, quàm rem mutuò datam uſu abſumi, & penitus interire, ut eadem illa in ſpecie quidem, non tamen in genere reſtitui poſſit. Duarenus lib. 1.diſput.14. neutram harum interpretationum amplectitur, ſed functionem dicit eſſe præſtationem ipſam ſive ſolutionem, ac proinde res quæ in mutuum veniunt dici recipere functionem, non quòd ejus ſint naturæ, ut una ſpecies alterius vicem ſubire poſſit, ſed tùm cùm dantur ad uſum, & cùm ſolvuntur, atque adeò ut non res ipſa functionem recipiat ex ſe, ſed potius ex hominis facto. Quam Duareni interpretationem Robert.lib. 3.ſent.cap.14. impugnat, eundemq; ad d.§.mutui datio, Donellus, tametſi Duareni ſtudioſiſſimus ſequitur: uterq; rectè. Nam ex contextu ſatis apparet, Paulum functionem ita interpretari, ut in re ipſa ſit poſita non tam in facto hominis. Etſi enim negari non poſſit, quin factum in functione illa interveniat, id tamen deſtinatum eſt ad aliud, ita ut non ex facto hominis ſit, quòd functionem res habeant, ſed ex eo, quòd res functionem illam in ſe habent, ejuſmodi hominis factum intervenire poſſit. Functionem igitur Robertus & Donellus rectè mihi videntur interpretari ſatisfactionem, & ex ea con-

contingentem liberationem, quam affert rerum earum prꝑſtatio: atq; adeò functionem recipere ita accipiunt, quòd his rebus quæ pondere, numero & menſura conſiſtunt, ſolvendis planè ſatisfiat creditori, ut injuriam ſibi in eo fieri conqueri non poſſit, quippe quòd ejuſcemodi ſint, ut ſingulæ ejuſdem generis ſingularum vicem ſolutione æqualiter ſubire poſſint, ſicq; pro aliis aliæ ſolvi corpore quidẽ, ſed non qualitate aut æſtimatione, ut quamvis non eædem, quæ datæ fuerunt ſpecies reddantur, tantundem tamen ſolutum, æqualiſq; omninò, ac propemodum eadem res reddita dicatur. Sed Fr. Hotomano lib. 1. de uſur. c. 2. hæc interpretatio diſplicet. Verùm attendendum eſt à Juriſconſ. opponi res eas, quæ pondere, numero & menſura conſiſtunt, rebus quibuſvis aliis: atq; in illis quidem mutuũ conſiſtere dicit, eò quòd in genere ſuo functionem recipiant per ſolutionem magis, quàm ſpecie, has nõ æquè, quia aliud pro alio invito creditori ſolvi non poſſit. Quoniam autem contrariorum contrariꝑ ſunt rationes, perinde eſt, cùm dixit Paulus illas functionẽ recipere, ac ſi dixiſſet, res illas propterea mutuò dari poſſe, quoniam una pro alia rectè ſolvatur, atq; ſolvi etiam poſſit, & rurſus cùm dixit has non venire in mutuum, quia aliud pro alio invito creditori ſolvi non poſſit, perinde eſt, atq; ſi dixiſſet, eas functionem non ita recipere, ut recipiunt illæ. Totum verò hoc explican-

candum eſt ex natura mutuo, ceteriſq; contractibus à jure data. Mutui natura ea eſt, ut in illo non uſus tantùm rei, ſed etiam ipſum rei dominium transferatur. Jam verò regulariter ea omnium contractuum eſt natura, ut aliud pro alio non ſolvatur, ſed illud ipſum quod in contractum venit atque ex eo debetur. At cùm in mutuo transferretur etiam rei dominium, collidebant duæ illæ juris regulæ, ut aliud pro alio non ſolveretur, & ut qui dominus rei eſt factus, eandem illam rem ex contractu invitus præſtare cogeretur. In mutuum igitur nulla omninò res abſq; alterutrius illius regulæ incommodo venire potuiſſet. Quamobrem rectè animadverterunt legumlatores, res in illud venire non promiſcuè quaſvis, ſed rem ejuſmodi, quam non eandem omninò in ſpecie, cujus facta eſſet, reſtituere cogeretur, neq; etiam aliud pro alio, ſed idem creditori ſolveretur: ex quo nullę res alię in mutuum venire poterunt, niſi quę eſſent ejuſmodi, ut una ſpecie pro altera ſoluta eadem omninò ſpecies reddita eſſe videretur, atq; adeò una alterius vice ad liberandum debitorem à creditore fungeretur, quod in nullis rebus aliis, niſi in his, quæ pondere, numero & menſura conſiſtunt, contingit.

De dolo, culpa & caſu fortuito in contractibus præſtando, & in ſpecie de culpa leviſſima in contractu locationis conductionis non præſtanda, & in contractu quaſi negociorum geſtorum præſtanda.

CAP. XV.

SEmper in ſtipulationibus, & in ceteris contractibus id ſequimur, quod actum eſt, ait Ulpianus lib. XLV. ad edictum, & refertur in l. ſemper 34. D. de reg. J. aut ſi non pateat, quid actum ſit, erit conſequens, ut id ſequamur, quod contractus natura, quam ex jure obtinet, poſtulat. Ita etſi contractus ſemper ex hominum conſenſu ſive conventione proficiſcatur, non tamen ſemper cõventio legem dat contractui, ſed vel conventio hominum, vel jus ipſum, hoc eſt, contractus, qui initur, formam & naturam ſuam accipit vel ex ſpeciali cõtrahentium conventione, vel ex generali natura, quæ contractui illi à jure eſt indita. Sed jus quidem ſemper certum eſt, niſi in more regionis ſit poſitum, id eſt, in conſuetudine; conventio autem incerta ſemper eſt & ſingularis, utpote quæ meri ſit facti, & in contrahentiũ arbitrio poſita, quę tum demum certa eſſe incipit, cùm in eſſe, ut vulgò loquuntur, deducta eſt. Veruntamen ex conventione quod eſt, non minùs ex jure eſt, atq; illud quod ſine conventione ipſo jure in contractu inito receptum eſt; modò illud quod ex conventione eſt, juri non ſit contrarium. Conventionem enim jus permittit, ſed ſibi conformem, imò illam etiam, quæ præter jus ſit, ſed non juri contrariam; atq; ita conventionem ejuſmodi permittit, ut eam naturæ contractui à ſe datæ præferri voluerit, ut, ſi de contractu ali-

quo

quo controverſia incidit, primùm omniũ quæratur quid actum ſit, hoc eſt, quod inter contrahentes convenerit, atq; ſi id non appareat, tum demum, quid juris ſit. Quæ ratio eſt, ut Juriſconſulti ſcribant, cùm de contractu quæſtio eſt, primùm omnium ſpectandum eſſe, quid actum ſit, aut ſi contractus ejuſq; natura ex jure definitur, ut exceptionem hanc addant, *niſi aliud actum ſit*, vel, quod idem eſt, intereſſe quid actum ſit, l. cum in lege, 33. D. de contrah. emt. l. ſi quis vina, 4. D. de commo. & peric. re ven. l. fin. D. qui ſine manum. ad libert. perven. Sed cùm, ut dixi, quæ conventionis ſunt, ſint facti, adeoq; infinita, de iſtis jure nihil etiã certi definiri potuit: de his autem, quæ & natura contractuum à jure ipſis indita, præſtanda veniunt, paſſim in libris juris noſtri agitur, prout ſpecies vel caſus incidit; ſed in genere eam rem attigiſſe videtur Ulpianus lib. XXIX. ad Sabinum, ut apparet ex l. contractus 23. D. de reg. jur. Docet enim iſto loco, contractuum quoſdam recipere dolum malũ duntaxat; quoſdam dolum & culpam; nonnullos dolum, culpam & diligentiam; caſum autem fortuitum à nullo præſtari; ibidemq; confirmat quod de conventione modò dictum eſt, his verbis, *ſed hæc ita*, inquiens, *niſi ſi quid nominatim convenit, vel plus vel minus in ſingulis contractibus: nam hoc ſervabitur, quod initio convenit, legem enim contractus dedit*. Contractus, id eſt, conventio, quomodo

Digitized by Google

contractus ſæpè accipitur, niſi quis pro *contractus* malit legere *contractui*, quo tamen opus nõ eſt. Sed ex eo quod Ulp. dicit, caſum fortuitum à nullo prȩſtari, videbitur fortaſſis Ulp. nõ omninò in genere de contractibus locutus eſſe, ſed de his tantùm, qui ultrò citroque ſunt obligatorii, ut idem Ulp. eos accepit lib. x I. ad edictum, quod cõſtat ex l. Labeo 18. D. de verb. ſignif. ſiquidem in contractu mutui, qui ex una tantùm parte eſt obligatorius, caſus fortuitus prȩſtandus venit. Sed ut ut Ulp. appellationem contractus in d. l. contractus acceperit, nobis quidem ſermo eſt de contractibus in genere, qui definiuntur rectè conventiones cum cauſa; non qui ab effectu deſcribuntur, ſeu diſtribuuntur potius, quod μονόπλευροι quidam ſint, quidam δίπλευροι. In his ſi quid ſecus fiat, quàm fieri debebat, ex mente Ulpiani dicemus fieri uno horum quatuor modorũ, vel dolo, vel culpa, vel ſine diligentia, vel caſu fortuito: aut ut idem Ulp. docet in l. 5. §. 2. D. commo. uno ex his tribus modis, vel dolo, vel culpa, vel caſu fortuito, quem ibi appellat periculum. Non ignoro Doctores vulgò hos in quinq; modos diſſecare ad l. quod Nerva 32. D. depoſ. nimirũ in dolum, culpam latam, culpam levem, culpam leviſſimam, & caſum fortuitum: nonnullos etiam in plures; ſed legũ veſtigiis inſiſtere puto eſſe tutius. Hoc autẽ omne, meo quidem judicio, non incommodè ad hȩc duo capita revocari poteſt,
ſi

ſi dicamus, quod ſi quid in re fiat ſecus atq; fieri debebat, id fiat vel facto contrahentis, vel ſine facto ipſius; facto, nimirum dolo vel culpa; ſine facto, id eſt, caſu fortuito: tametſi malim illud omne etiam, quod facto hominis contingit, dicere contingere culpa, ut appellatio culpæ intelligatur eſſe generalior, & definiatur negligentia hominis, qua quid fit, quod fieri non debuit, & rurſus quid non fit, quod fieri debuit, ſecundum Cujac. lib. 19. obſ. c. 24. Mart. Anton. Delrio ad d. l. contractus, in princ. Quæ culpa duplex ſit: Malitię una, altera imprudentię, quę diſtributio probatur per l. ſi ſervum 91. §. 1. D. de verb. oblig. quarum illa dicatur Dolus, hæc ſpecialem acceperit appellationem, quæ aliâs eſt generis. Dolus eſt culpa malitioſa decipiendi alterius cauſa adhibita, l. 1. §. dolum, D. de dol. malo, l. 7. §. ſed ſi fraudandi, D. de pact. Paul. 1. ſent. 8. unde etiam fallacia & dolus conjungitur in l. rei 45. & in l. meritò 51. D. pro ſoc. item dolus & calliditas in l. conſilii 47. D. de reg. jur. & dolus vocatur conſilium callidum, in l. ſed etſi 7. §. prætor ait, D. de publ. in rem act. Dolo fraus ineſt, d. l. 7. §. ſed ſi fraudandi; indeq; fraudem quibuſdam locis accipimus pro dolo, l. ſi culpa 63. D. de rei vindic. l. impuberibus 7. §. ſi fraus, D. de ſuſpect. tut. ſed & alibi utrunq; & dolus & fraus conjungitur, l. 3. in fi. D. pro ſoc. l. parens, 5. in fi. D. de obſeq. parent. l. ſi procurator, C. de procur. Neq; verò ex hoc putandum

eſt fraudem & dolum idem eſſe, ſiquidem fraus ſine dolo eſſe poteſt, ut docet Cujac. in d. §. ſed ſi fraudandi, diſtinguunturq; quodammodò ut cauſa & effectus. Fraus enim damnum illud eſt, quod ex dolo provenit, tametſi ex eventu etiá fraus eſſe poſſit, ubi dolus nullus præceſſit. Hęc cùm ita ſe habeant, manifeſtum eſt, dolum opponi bonæ fidei, d. l. 3. in fin. D. pro ſoc. l. & hæc diſtinctio 35. D. locati, cum infinitis aliis, quæ notavit Briſſon. lib. 2. de verb. ſignif. in verb. Bona fides alias. At bona fides cum contractibus omnibus, etiamſi non eodem modo, adeſſe debeat, conſequens hiſce eſt, ut ſi quid ab alterutro contrahentium circa contractum dolo actum ſit, id alteri, qui ex eo damnum ſenſit pręſtetur; adeò, ut etſi conventum ſit ab initio, ne dolus pręſtetur, is tamen nihilominus pręſtandus ſit. Pactum enim vel cõventio de dolo non pręſtando bonis moribus contraria eſt, cùm eò illa pertineat, ne bona fide in contractu agatur, quod præter Ulpianum in d. l. contractus, ſcripſit etiam Paulus in l. ſi unus, 27. §. illud, D. de pact. l. in commodato 17. in princ. D. commod. & idem Ulpian. in l. 1. §. illud non probabis, D. depoſiti. Culpa in ſpecie eſt culpa deſidioſa cum imprudentia ſeu imperitia conjuncta, l. ſocius 72. D. pro ſocio. Quæ iterum duplex eſt, lata & levis, quomodo diſtribuit eam Del-Rio in d. l. contractus, per l. cum res 47. §. culpa autem, D. de legat. 1. refutans ibidem quinq; illas

culpæ

culpę ſpecies à veteribus confictas, & poſt eum Dion. Gothifr. in notis ſuis ad l. quod Nerva. Lata culpa, (quæ vulgò ita dicitur, alibi etiam culpa latior, ut in d. l. quod Nerva, comparativo uſurpato pro poſitivo, ut ad illam Zaſius & alii notarunt, item lata negligentia in l. tutor 7. §. competet, D. de adminiſtrat. tutor. d. l. impuberibus, §. ſi fraus, & magna culpa, in l. magna 126. D. de verb. ſignif.) eſt ſumma & diſſoluta negligentia atque ignoratio, cùm quis non intelligit, quod intelligunt omnes, l. 1. §. quia enim, D. de oblig. & act. l. ſi fidejuſſor 29. D. mandat. l. cum ſex. 55. D. de ædilit. edict. l. latæ 223. D. de verb. ſignif. In hac culpa is eſt, qui vel omittit, quod nullus ſanæ mentis omiſſurus erat, vel fecerit, quod nemo facturus erat, idq; per ignorantiã quodammodo, quoniam ſic faciendum vel non faciendum putabat, & rem melius non intelligebat, l. ſi ſervum 91. D. de verb. obl. Hęc culpa lata in contractibus dolo æquiparatur, eiq; eſt proxima, d. §. ſi fraus, l. ſi fortuitò 11. D. de ruin. incend. naufr. l. mulier 22. §. ſed enim, D. ad Senatuſc. Trebell. l. 1. §. culpa, D. ſi is qui teſtam. liber eſſe juſſ. l. 1. §. lata culpa, D. ſi menſor falſ. mod. dixer. quod ſi effectum ſpectes, veriſſimum eſt. Cùm enim culpa lata eſſe poſſit, ubi malitia nulla ſit, dolus ipſa revera non eſt, niſi ex præſumtione. In delictis autem effectu etiam ipſo à dolo ſeparatur, l. in lege Cornelia 7. D. ad leg. Cornel. de ſicar. l. 1.

juncta l.dolo malo 3.cum l.ſeq. D.de ſervo corrupto, l.in furti actione 50. in fine, D.de furtis, quod omne valde eruditè expoſuit Del-Rio in d.l.contractus. Culpa levis eſt, quâ quis non ad eum modum, quem hominũ natura deſiderat, eſt diligens, d. l. quod Nerva, Del-Rio & Petr. Faber in d.l.contractus. Hæc neq; dolo, neque caſui fortuito eſt proxima; atque ex eo ut plurimum ſine ulla adjectione alia ſimpliciter culpa dicitur, adeò ut in dubio, cùm in legibus culpæ ſit mentio, ea de culpa hac levi ſit accipienda, l. in venditionem 8. §. de tempore, & l. ſeq. §. eſt præterea, D.de reb.autorit.judic.poſſidend. l.ſi ſervus 108. §.cum quid, D.de legat.1. l. ſi filiofamil.25. §.maritum, D.ſoluto matrim.cum multis aliis: tametſi Del-Rio hoc ita procedere exiſtimet, ſi ſubjecta materia aliud non ſuadeat, quod ſit in l. imperitia 174. D. de reg. jur. & in §.imperitia. Inſtitut.ad leg. Aquil. Etſi verò dolus magis & minus non recipiat, tamen cùm cuſtodia & diligentia, quæ huic culpæ opponitur, magis & minus recipiat, inde fit, ut quot ſunt gradus diligentiæ, totidem etiam ſint gradus culpæ. Sunt autem diligentiæ gradus duo, ſummus & medius. Etſi enim tertius etiã, nempè infimus poni poſſe videatur, tamen quoniã is diligentiæ eſt minimæ, & penè nullius, quæ opponitur culpæ latæ, inde eſt, ut nuſquam in legibus infimus ille gradus diligentiæ nomen mereatur, multò minus, ut nomen aliquod habeat

beat proprium. Summus diligentiæ gradus eſt vehementiſſima & exactiſſima diligentia, & veluti curioſitas, cui opponitur culpa leviſſima, l. nec ſupina 6. D. de jur. & fact. ignor. l. in lege 44. D. ad leg. Aquil. l. 1. §. 1. D. de oblig. & act. Medius gradus eſt diligentię exactę, ejus nimirum, quæ opponitur culpæ levi, §. fi. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. Sed hic magis propriè cuſtodia dicitur, ſummus generis nomen retinet; & ſicut bona fides opponitur dolo, ita diligentia culpæ leviſſimæ, l. qui injuriæ, 13. §. qui alienis, D. de furt. qua de re plenius Petr. Faber in d. l. contractus. Ex quo illud eſt, quòd quotieſcunq; diligentia ab aliquo requiritur, is leviſſimā culpam præſtare debeat, ad quod Del-Rio allegat d. l. contractus, l. ſi ut certò 5. §. nunc videndum, l. in rebus 18. D. commo. l. 2. §. cuſtodiam, & l. ſeq. D. de peric. & commod. rei vend. l. cum res 47. §. culpa, D. de legat. 1. niſi fortè ex adjunctis appareat, levem culpam excludi, ut in l. magiſtratus 6. D. de adminiſt. rer. ad civit. pertin. vel niſi materia ſubjecta, qua de agitur, aliud poſtulet, ut in l. 1. D. de tutel. & ration. diſtrah. & in §. fi. Inſt. quib. mod. re contrah. obl. Ceterùm culpa leviſſima non caret is, qui non facit, quod facturus fuit optimus quiſq; ac diligentiſſimus paterfamiliâs, ut nō ſufficiat ei, qui illam præſtare tenetur, eam diligentiā adhibere, quam in rebus ſuis adhibet, ſi alius diligentius cuſtodire potuerit; cuſtodia autem culpæ

Digitized by Google

levi opponitur, quod manifeſtum eſt, non ex illis duntaxat locis, quibus cuſtodia & diligentia ſimul conjunguntur, ut apud Paulum 2.ſent. 4. §. ſervus, & in d. § nunc videndum, verùm etiam cùm ſibi invicem opponuntur, ut in d.l.cum res, §.penul. ubi mentio fit primùm culpæ, quæ dolo eſt proxima, hoc eſt, culpæ latæ; mox culpę levis; & tùm demum diligentiæ, quam cùm nominat JCtus, perinde eſt, atq; ſi culpam leviſſimam nominaſſet, ut ex eo manifeſtum ſit plus eſſe in diligentia quàm in cuſtodia. Hinc eſt, ut diligentia interdum dicatur cuſtodia quidem, ſed cum adjectione aliqua, puta, cuſtodia plena, l.2. §.cuſtodiam, D. de peric. & commod.rei vend.& cuſtodia diligens, d.l.ſi ut certo, §. cuſtodiam, quaſi cuſtodia illa, quæ propriè cuſtodia dicitur, non ſit omnibus ſuis gradibus & numeris perfectè diligens, ſed illa demum perfecta ſit, quæ opponitur culpæ leviſſimæ. Quòd ſi nunc ſingulas contractuum ſpecies percurramus, inveniemus dolum & latam culpam præſtari in omnibus atq; ſingulis, ſed in quibuſdam nihil niſi dolum & latã culpam, ut in depoſito & in precario: Caſum fortuitum præſtari in nullo, præterquam in mutuo; in ceteris contractibus etiam tum, ſi in reſtituendo prçceſſiſſet culpa, vel mora ſine juſta ratione facta, quod permultis legibus comprobavit Del-Rio in d. l. contractus, in interpret. pragmatica. Cur autem in muto caſus etiã fortuitus

tuitus prȩſtetur, ratio in promptu eſt, quoniam mutuum ſine re non contrahitur, ſine re, inquam, data & tradita, quæ protinus ubi accepta eſt, fit accipientis jure dominii, at res domino ſuo perit, non alii. Præter dolum & culpam latam prȩſtatur etiam culpa levis, ſed non leviſſima in pignore, in emtionevenditione, in locationeconductione, in ſocietate, in tutela, in rei communione, in contractu quaſi familiæ erciſcundæ. Sed præter illa etiam culpa leviſſima in commodato, in mandato & in negociis geſtis. Et ne quis fortè vel id quod de diligentia dictũ eſt, opponi nimirum illam culpæ leviſſimȩ, falſum eſſe exiſtimet, vel ex eo conſequi dicat in vendito, pignori accepto, locato, & dotis datione, etiam culpam leviſſimam venire, eò quòd Ulpian. in d.l. contractus, cùm dixiſſet, *dolum & culpam recipere mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis dationem, tutelam, negocia geſta*, mox ſubjecit; *in his quidem & diligentiam*, notandum eſt lectionem vulgarem, *in his quidam & diligentiam*, multò eſſe Florentina meliorem, & hanc ex illa emendandam eſſe, ut jam pridem monuit Eguin. Baro in comm. ad tit. Inſtit. de ſociet. non procul à fine, & poſt eum Cujac. in tr. ad Afric. 5. in l. 108. §. cum quid tibi, D. de legat. 1. & poſt hunc in d.l. contractus Del-Rio, nec improbavit Lud. Charondas, & poſt eum Pacius. Et verò ſenſus verborum iſtorum hic eſt, cùm ſint contra-

contractus quidam, qui dolum & latã culpam tantùm recipiant, quidam & dolum & culpam, intellige levem, eſſe etiã quoſdam de enumeratis, qui præter dolum, culpam latam & levem recipiant etiam diligentiam, id eſt, culpam leviſſimam, quales ſunt commodatum, negociorum geſtio, & mandatum. Niſi enim ita legatur, & diligentia, pro pleniſſima cuſtodia ſeu diligentia exactiſſima accipiatur, vana eſt ejus, quod jam antè dictum erat, repetitio, nempe ut cùm dictum eſſet culpam præſtari, ſubjiceretur præſtari etiam diligentiam; vana etiam atq; nullius momenti eſſet manifeſta culpæ & diligentiæ ſeparatio in l.5.§.3.D.commod.præſertim cùm negari non poſſit, eſſe inter contractus iſtos enumeratos nonnullos, qui extra omnem controverſiam recipiant culpam leviſſimam. Veruntamen ſunt de his, quę dixi, nonnulla non admodum expedita, de quibus paucis videndũ eſt. Et principio quidem in diſputationem trahi video, utrum in contractu locationis conductionis culpa leviſſima ex ipſius cõtractus natura, atq; ita citra conventionem, an verò ex cõventione tantùm pręſtetur; quam controverſiam facit §.fin.Inſt.de locat.in quo à conductore talis cuſtodia deſideratur, qualem diligentiſſimus paterfamiliâs rebus ſuis adhibet. Accurſius & communis interpretũ ſchola exiſtimat culpam leviſſimam à cõductore non præſtari ex natura contractus, ſed ut præſtetur

illa

illa cõventione opus eſſe. Pro regula enim ponitur, ut cùm in contractu aliquo utriuſq; partis contrahentis utilitas verſatur, tunc præſtetur dolus, lata & culpa levis; ſi alterutrius tantùm, & quidem actoris, ejusvé qui contractui dedit initium, dolus tantùm & culpa lata; ſin ejus, qui convenitur præter dolum, culpam latam & levem, culpa etiam leviſſima: at contractum locationisconductionis utriuſq; contrahentis cauſa iniri, eſt manifeſtiſſimum. Doctiſſimus Cujacius etiam ex contractus hujus natura citra ullam conventionem culpam leviſſimam in hoc contractu præſtari autumat; quæ opinio confirmari videtur primùm per d. §. fin. qui in cõductore deſiderat cuſtodiam diligentiſſimam patrisfamiliâs. Deinde per l. ſi merces 25. §. penul. D. locati. in qua Gajus affirmat, culpam tum demũ abeſſe, ſi omnia facta ſint, quæ diligentiſſimus quiſq; obſervaturus fuiſſet. At cuſtodiæ diligentiſſimi patrisfamiliâs opponitur culpa leviſſima, quandoquidem ejus qui eſt diligentiſſimus vix poſſit eſſe culpa alia, quàm leviſſima. Tertiò Dioclet. & Maximian. Impp. in l. in judicio, C. de locat. expreſsè reſcripſerunt conſtare in judicio tam locati quàm conducti dolum & cuſtodiam, non etiam caſum, cui reſiſti non poteſt, venire, ut cùm nihil niſi caſum fortuitum exceperint, culpam utiq; leviſſimam ſub regula comprehendere voluiſſe videantur. Atq; ita hæ duæ Cujacii & commu-

nis

nis opiniones inter ſe in extremis colliduntur. Quidam media via ingrediuntur, diſtinguendo inter locationem uſus rei, & inter locationem facti, ut in illa quidem non præſtetur culpa leviſſima, niſi ex conventione, in hac pręſtetur citra conventionem ex contractus natura; quam ſententiam Weſenb. in d. §. fi. communi Dd. opinioni quaſi exceptionem ſubjicit: atq; ante illum Angel. Aret. docuit, leviſſimam culpam ex natura contractus præſtari, ſi operæ locatæ ſint ejus hominis, qui ſuſcipit induſtriam certæ rei, & artificem ſeſe profitetur, qua profeſſionis jactatione veluti proſcriptione neminem falli juſtum ſit, l. 11. §. 1. & ſeqq. D. de inſtitor. & act. ex ratione aſſignata in §. 3. Inſt. ad leg. Aquil. cui aſtipulatur Fr. Balduin. in d. §. fin. n. 4. Ex his tribus opinionibus nulla eſt, quæ non ſuas habeat difficultates. Primæ enim obſtant textus manifeſti pro ſecunda opinione allegati, ſecundæ obſtat regula ad confirmationem opinionis primæ allata; tertiæ cumprimis obſtat d. §. fi. in quo non de locatione facti, ſed de locatione uſus rei agitur, ut verba illa, *qui pro uſu veſtimenti*, indicant, & nihilominus in illa etiã locatione diligentiſſimi patrisfamiliâs cuſtodia deſideratur. Scio gloſſam & Doctores in ſupradictis textibus, diligentiſſimum interpretari diligentẽ, ſuperlativo nimirum poſito pro poſitivo; quemadmodum vice verſa non rarò fiat, ut poſitivus *diligens* uſurpetur pro ſuperla-

tivo

tivo *diligentiſſimus*. Nam quæ Juſtiniano in §. item is cui, Inſtit. de obl. quæ re contrah. exacta diligentia vocatur, illa Gajo eſt exactiſſima in d. l. 1. §. 1. D. de obl. & act. & quam Ulpianus requirit cuſtodiam diligentem in d. l. ſi ut certo, §. quod verò ſenectute, eam Paulus dicit eſſe diligentiſſimam in l. in rebus 18. D. commo. & officium exactum in l. in re, C. de mand. interpretandum eſſe exactiſſimū putat Joannes & Bulgarus, idemq; in d. l. contractus probat Pet. Faber. Hoc autē omne ob eam cauſam fieri ſcribunt interpretes, quòd juxta cujusq; materiæ naturā ejuſmodi vocabula indefinità accipienda ſint, quę ſint exigenda ad ſuprapoſitam contractuū regulam. Verùm aſſumunt illi, ut confeſſum, quod probandum fuerat: *Diligentiſſimus*, inquiunt, accipitur pro *diligens*. Hoc verò quomodo probent, equidem nō video. Similitudinē afferunt, quæ rem, ſi de ea prius conſtitiſſet, declarare potuiſſet; tametſi & illa ſit ἀπιλλόλιςος. Diligentiſſimus inquiunt, accipitur pro diligens, ſicut diligens quandoq; pro diligentiſſimus, & ſicut poſitivus ponitur pro ſuperlativo, ita quandoq; vice verſà ſuperlativus pro poſitivo. Sanè ineſt quidem poſitivus ſuperlativo, ſed ſuperlativū poſitivo ineſſe nego. Neq; enim naturę repugnat, ut is qui majus dicit, dicat etiam minus, & qui exactiſſimam debet diligentiam, is etiam debeat exactam, ſiquidem exactam diligentiam qui dicit, is id quidē quod

minus

minus eſt, ponit, ſed propterea id quod majus eſt non removet, neque tamen etiam illud eſſe dicit; quem doctiſſimum dico, eundẽ rectè dixero doctum, ſed nõ vice verſa, quem doctum, eundem continuò doctiſſimum; & quem doctiſſimum dico, eundem etiam doctum dico, doctum verò doctiſſimum eſſe nec dico nec affirmo. Ita quem diligentiſſimũ dixero, dixero quidem etiam diligentem, ſed non quòd diligentem dixero, diligentiſſimum etiam eſſe dixero vel negavero. Quare gloſſema iſtud ſuperlativum pro poſitivo uſurpari mihi diſplicet. An igitur dicemus leviſſimã culpam præſtandam eſſe ex natura locationis conductionis? At ne hoc quidem. Obſtat enim ſupradicta regula. In opinionẽ tertiam eſſem proclivior, ſi quis eſſet Alexander, qui nodum iſtum quem habet, nobis diſſecaret. Cùm nullam iſtarum opinionum rectè defendi poſſe videã, dicam quid ſentiam. Regulariter arbitror à conductore leviſſimam culpam ex natura cõtractus præſtandam non eſſe, quemadmodum nec caſus fortuitus præſtatur; atq; adeò opinionẽ primam, rectè quidem aſſeri, ſed non ſatis rectè defendi. Defenditur autem rectè, ſi, quæ illi ſolent opponi, rectè repellantur. Sunt autem textus potiſſimum tres, ex quibus illa impugnatur, unus eſt in §. fin. Inſtit. de locat. alter in d. l. ſi ut merces, §. penult. & tertius in d. l. in judicio. Duo illi priores in unum recidunt, cùm in utroq; urgeatur

geatur vox *diligentiſſimus:* atq; hos duos duntaxat interpretes attingunt, tertium ſilentio prętereunt. Quod igitur ad duos illos priores textus attinet, non magis ſententiæ huic obſtare videntur, quàm exceptio obſtat ſuæ regulæ. Neq; enim nego fieri poſſe, ut leviſſima culpa ex natura conductionis etiam præſtetur, quod utroq; iſto textu expreſſum eſſe arbitror, tametſi caſibus non omninò iiſdem. Caſus unus eſt in d. §. fin. in quo diligentiſſimi patrisfamiliâs cuſtodia deſideratur, atq; adeò culpa leviſſima præſtanda venit, ſi, ut quandoq; uſuvenit, locatoris omninò nihil interſit rem ſuam locare, interſit autē conductoris eam cōducere. Tunc enim ſi non ad motum locatoris proprium, ſed ad preces cōductoris urgentis & inſtantis contractus locationis cōductionis celebretur, non utriuſq;, ſed conductoris tantùm gratia contractus initur, qui præterea beneficii loco habebit, quod rem conductò acceperit. Nam etſi rem ipſi locatam eſſe revera beneficium non ſit, eò quòd locator à conductore mercedem accipit, officium tamen locatoris eſt non exiguum, quod cùm locatori eſſet perinde ſive locaret ſive non locaret, intereſſet autem conductoris omnimodò, rem ſuam locavit, neq; fortaſſe cōductor illam ſibi gratuitò locatam, hoc eſt, commodatam eſſe vellet. At dictum eſt ſuprà, juris eſſe regulam, ut cujus gratia tantùm contractus eſt initus, is pręſtet non dolum tan-

tùm culpam latam & levem, ſed etiam leviſſimam. Itaq; pro hoc officio à locatore ipſi præſtito, conductor meritò præſtabit id omne, quod diligentiſſimus quiſq; paterfamiliâs pręſtare debebit, & quod is, qui rem omninò gratuitò utendã accepit præſtiturus eſſet; aut ſi id pręſtare ipſi animus nõ erat, locatori rem ſuam relinquere, neq; eam conducere debuerat. Cur hunc caſum ita ponam movet me contextus iſtius ſeries atq; ordo. In illis enim verbis: *Conductor autem omnia ſecundum legem conductionis facere debet*, regulam poni cenſeo, cujus ſenſus ſit, conductorem illa omnia facere debere, quę vel ex natura hujus contractus jure ei data, vel ex cõventione ſunt facienda. Talis enim cujuſq; contractus lex eſt, qualem vel jus vel contrahentium conventio juri conformis eſſe voluit. Huic regulæ mox ſubjungitur exceptio in illis verbis: *Qui pro uſu veſtimentorũ, aut argenti, aut jumenti mercedẽ aut dedit, aut promiſit: ab eo cuſtodia talis deſideratur, qualẽ diligentiſſimus paterfamiliâs rebus ſuis adhibet*, cujus ſenſus hic ſit, eſſe quidem iſtam conductionis legem jure conſtitutam, ut conductor dolum præſtet culpam latam & levem, non etiam leviſſimam: at verò AB EO (hęc nota exceptionis eſt, quaſi dicat aliud ſervari in eo conductore, de quo nunc dicturus ſit, quàm de conductore regulariter) qui pro uſu veſtimentorum, aut argenti aut jumenti, mercedem aut dedit, aut promiſit, cuſto-

diam

diam TALEM (& hæc vox indicat peculiarem quandam cuſtodiã ab hoc cõductore præſtari, quę aliâs regulariter à conductoribus aliis non præſtetur) deſiderari, QUALEM diligentiſſimus paterfamiliâs ſuis rebus adhiberet. Sed cur AB EO potius, & non etiam à conductore QUOVIS? nimirũ quòd regulariter contractus locationis conductionis utriuſq; cõtrahentis cauſa initur, & utriuſq; in eo verſatur utilitas, ideoq; in eo non diligentiſſimi patrisfamiliâs cuſtodia requiritur, ſed diligentis ſufficit; in hoc autem caſu ab hac regula propterea recedimus, diligentiſſimiq; patrisfamiliâs cuſtodiã deſideramus, quòd in antecedenti à regula locationis conductionis receſſum ſit, nimirũ in eo, quòd hoc caſu non utriuſq; contrahentis, ſed conductoris ſolius utilitas verſetur. Conductoris autem utilitatẽ duntaxat hoc caſu verſari, ex hoc colligi poſſe videtur, quoniã Juſtin. caſum dirigit in conductorem, qui *mercedem dederit aut promiſerit*, quo innuitur, dediſſe conductorem cõtractui initiũ, ut qui à locatore primus rei uſum petierit; & vel maximè ejus interfuiſſe, atq; ob neceſſitatẽ etiam inſtitiſſe apud locatorẽ, ut locaret, adeò ut antequã etiã res uſus eſſet, mercedẽ daret, aut certò promitteret (quã promittendi vocẽ puto habere emphaſin, quaſi cõductor præterquã quod mercedem ex conducto debuiſſet, etiam illam ſtipulatione promittendo firmaſſet) quò facilius locatorem ad contra-

 hen-

hendum ſecum induceret. Puto verò etiã non incommodè dici poſſe, ſi fortè quis in his, quæ modò dicta ſunt, acquieſcere nolit, conductorem adhibere cuſtodiã, quam diligentiſſimus paterfamiliâs adhibere ſolet, non ut exigamus cuſtodiam eam in abſtracto ad ſummũ cuſtodiæ gradum, quam qui adhibet, is diligentiſſimus dici poſſit, ſed ad diligentiam ſummam illius, qui conduxit, ut videlicet quam ſummam ipſe adhibet cuſtodiam in rebus ſuis, eandem adhibeat in re conducta; ut ita conductor non comparatione cum aliis diligentibus hominibus, ſed quaſi ſecũ ipſo, diligentiſſimus eſſe intelligatur, ſi eam rei cõductæ adhibeat diligentiam, quam adhibet rebus ſuis: quaſi dicat Juſtinian. ea in conductore requiritur diligentia, qualem ipſe cõductor adhibet rebus ſuis, cùm eſt diligentiſſimus. Hoc videntur velle verba, *ſuis rebus adhibet*, & confirmatur per §. ſicut autem is, Inſt. dè obl. quæ quaſi ex contract. naſc. in quo, cum à negociorum geſtore exactiſſimã diligentiam in rebus alienis gerendis Juſtinianus deſideraſſet, ne quis exiſtimaret id interpretandum eſſe eodẽ modo, quo hoc loco, expreſsè ſubjunxit, non ſufficere talem diligentiã adhibere, qualem ſuis rebus adhibere ſolet, quæ adjectio aut ſupervacanea eſt, cùm jam ante dixiſſet exactiſſimã, quod tamen veroſimile non eſt, aut certè Juſtinianus eo ipſo teſtatum facere voluit, exactiſſimam diligentiam quandoq; inter-

interpretari nos poſſe, de ea diligentia exactiſſima, quam quis in rebus ſuis adhibet, ut diligentia exactiſſima illa eſſe dicatur, quam quis rebus ſuis, ſi exactiſſimè diligens ſit in illis administrandis, adhibet, etiamſi alius diligentiùs eas adminiſtraturus fuiſſet. Similis eſt locutio in §. item is cui. Inſt. de oblig. quæ re contrah. in quo cùm affirmaſſet Juſtinianus commodatarium exactam rei diligentiam præſtare juberi, (de quo tamen dubium non eſt, quin teneatur de culpa leviſſima) mox ſubjecit: *nec ſufficit ei tantam diligentiam adhibuiſſe, quātam ſuis rebus adhibere ſolitus eſt, ſi modò alius diligentior poterat eam rem cuſtodire*; ex quibus Juſtiniani verbis idem hoc apparet, eſſe quidem cujuſq; hominis exactam quandam diligentiam in rebus ſuis, ad quam tamen examinanda non ſint illa quę de commodato & ſimilibus dicuntur, cùm fieri poſſit ut illa etiam negligentia ſit, ſi nimirum comparetur abſtractè cum diligentia illa, quam diligentiſſimus paterfamiliâs adhibere debet. Quam ob cauſam ſi Juſtinianus hoc etiā in caſu exiſtimaſſet non ſufficere diligentiā talem, qualē quis rebus ſuis adhibere ſolet, opinor, ut ibi, ita hìc etiam ipſum hoc expreſſurū fuiſſe; certè ſi mens ipſius hæc fuit, omninò etiam debuit. Atq; de ſenſu d. §. fin. hactenus plus ſatis: caſus alter eſt in d. l. ſi ut merces, §. pen. qui eſt de operis, ſi videlicet quis operā ſuam offerendo eam conduci patiatur; quomodo inter-

pretes eum paragraphum accipiunt rectè. Qui enim ſeſe offert, is peritiam ſuam profitetur ita, ut ſi quid fecerit minus peritè, eo nomine meritò etiam de leviſſima culpa teneri debeat, ut Weſemb. & Ang. Aret.& ceteri in eo paragrapho rectiſſimè tradiderunt. In ſpecie enim illius paragraphi, cõductorem operas ſuas obtuliſſe, oſtendunt verba iſta, quibus dicitur, cõduxiſſe columnam tranſportandam, item conduxiſſe dolia vel lignum tranſportandum, quibus ſignificatur initium cõtractus à conductore factum, non à locatore. Quod fieri videmus nõ rarò in mercatibus & nundinis, ubi ſunt qui tranſportandis aliorũ rebus operam dant, atq; ſæpenumerò ſua ſe ſponte illis, qui ejuſmodi tranſportatoribus & bajulis opus habent, offerunt & ingerunt. Ut autem is qui ſeſe offert in plus teneatur, quàm is qui ſeſe nõ offert, omnibus contractibus commune eſt. Quod ad tertium textum d.l. in judicio attinet, eſt ille paulò difficilior; ſed obſervandum eſt, in conſtitutionibus à Juſtiniano in Codicem ſuũ relatis haud rarò fieri, ut Imperatores ad facti quæſtionem ipſis propoſitam, quemadmodum illa ſuis terminis & circumſtantiis definita eſt, reſpondeant, atque ad eam hypotheſin ſe accommodent, reſponſuri de jure multò plenius, ſi de eo in genere ſive in theſi interrogati fuiſſent. Hoc autem cùm fit, non eſt exiſtimandum, ad poſitionem unius excludi cetera, de quibus idem

dici

dici poſſet. Jampridem enim annotatum eſt, argumentum à contrario ſenſu tùm demùm procedere, ſi contrarium non ſit juris diſpoſitioni ejusvé rationi, ut multis præter alios probavit Nicol. Everhardus in loco legali, à contrario ſenſu, n. 8. & ſeq. Quam ob cauſam Impp. de dolo, & de cuſtodia, & de caſu fortuito conſulti, de illis duntaxat reſponderunt; de culpa leviſſima reſpondere neceſſe non habuerunt, quoniam de ea fortaſſe interrogati non erant: adeoq; ut de culpa leviſſima, vel de diligentia, quæ illi opponitur, nihil affirmarunt, ita nec negaſſe illos de iſta quippiam invenio. Ut igitur ex cõſtitutione illa probare nolim, culpam leviſſimam non præſtari, ita viciſſim non admiſerim, ſi quis ex ea culpam leviſſimam præſtandam eſſe probari dixerit. Quòd ſi nunc aliquis inſtet, venire in judicio tam locati quàm conducti cuſtodiam; præſtandam igitur eſſe culpam leviſſimam: huic reſponſum volo, plus iſto argumento concludi, quàm fuerit aſſumtum. Aſſumebatur enim *cuſtodiam venire*, cui aliud nihil eſt conſequens, quàm teneri conductorem de culpa levi. Nam paulò antè oſtenſum eſt, cuſtodiam culpæ levi opponi, non etiam leviſſimæ, huic autem opponi diligentiam: atque in diligentia plus eſſe, quàm ſit in cuſtodia, & à quo diligentia & culpa leviſſima præſtanda ſit, ab eodem præſtandam eſſe, & quidem multò magis, cuſtodiam & culpam

levem, non viciſſim à quo cuſtodia & culpa levis, ab eodem etiam protinus diligentiã & culpam leviſſimam. Ineſt enim diligentiæ etiam cuſtodia, non etiam cuſtodiæ diligentia. Quibus cõſequens eſt, ut, ſi Imperatores dixiſſent, in judicio tam locati quàm cõducti venire dolum & diligentiam, tum rectè inde inferretur, culpam etiam leviſſimam venire; quæ ſi mens ipſorũ fuiſſet, tam fuiſſet facilè dicere *diligentiam*, quàm dicere *cuſtodiã*, & ſanè ita omninò dicere debuiſſent, ut omnia illa complexi fuiſſent, ſiquidem diligentiam dicendo dixiſſent utiq; etiam, etſi verbis non expreſſis, tamen per interpretationem, ipſamque rei naturam & vocum proprietatẽ, etiam cuſtodiam. Cuſtodiam autem velle interpretari diligentiam, Juriſconſulti non admittunt, ut abundè ex his, quæ ſuprà dicta ſunt, conſtare poteſt. Quæ cùm ita ſe habeant, nihil video, quid obſtet, quò minus dicamus veriſſimã eſſe communem illam Doctorum opinionem, qua aſſeritur, Regulariter à conductore cuſtodiam quidem præſtari, ſed non diligentiam ex natura contractus, hoc eſt præſtari dolum, culpam latam & levem, non præſtari culpam leviſſimam & caſum fortuitum. Sed veritas, quæ fecit, ut in contractu locationisconductionis communem illam ſententiam defenderim, facit ut in cõtractu quaſi negociorum geſtorum in quæſtione culpæ leviſſimæ præſtandæ vel non præſtandæ à communi

muni Doctorum opinione recedam. Communiter receptum eſt, negociorum geſtorẽ ex natura contractus illius teneri de dolo, culpa lata & levi; non etiam de leviſſima, niſi ex conventione, & niſi alius quis ſeſe ad gerendum obtuliſſet, atq; adeò ipſe culpa iſta vacare potuiſſet, ut tradunt gl. & Dd. in §. 1. Inſt. de obl. quæ quaſi ex contractu, per l. ſi negocia 11. D. de neg. geſt. & l. ſi pupilli 6. §. fi. D. eod. & l. tutori, C. eod. Et ſanè quin negociorum geſtor de dolo, culpa lata & levi teneatur, nullum eſt dubium: ſed ut de culpa leviſſima ex natura hujus cõtractus, non niſi prędicto caſu, teneatur, mihi nondum ſatis conſtat; tametſi ut de leviſſima etiam culpa teneatur, mihi videatur eſſe veriꝰ. Primùm enim video Juſtinianum in d. §. 1. diſertis verbis ita ſcribere: *Sicut autẽ is, qui utiliter geſſit negocia, dominum habet obligatũ negociorum geſtorum, ita & contrà iſte quoq; tenetur, ut adminiſtrationis reddat rationem; quo caſu ad exactiſſimam* Quisq; *diligentiam compellitur reddere rationem:* & ne quis ſupereſſet ſcrupulus, utrum exactiſſima illa diligentia accipienda eſſet de ea, quam conductor, cùm ipſe eſt diligentiſſimus, rebus ſuis adhibet, ut eam accipi in d. §. fin. Inſt. de locat. ſuprà dictum eſt, mox ſubjicit: *nec ſufficit talem diligentiã adhibere, qualem ſuis rebus adhibere ſolet; ſi modò alius diligentior, eò commodius adminiſtraturus eſſet negocia.* Unde colligo, voluiſſe Juſtinianum regulã proponere, ſa-

tisq; ipſi fuiſſe vel ſolius diligentiæ, & ilius quidem exactiſſimæ mentionem facere, cui culpa leviſſima opponeretur, quaſi cùm hęc pręſtanda ſit, multò magis præſtanda ſit dolus, culpa lata & levis. Ad hoc autẽ ut intelligeretur culpam leviſſimã præſtandam eſſe, ſufficiebat vel diligentiæ abſolutè ſine adjectione ulla mentionem factam, ut eò minus dubium eſſe debeat, quin culpam leviſſimam præſtari voluerit Juſtinianus, cùm præterea epitheton illud *exactiſſimã* addiderit, & pręterea pluribus verbis iſtã mox interpretatus fuerit. Accedit, quod Juſtinianus dicit, QUISq; compellitur, quę vox nota eſt regulæ, utpote ſub qua non hic vel ille tantùm, ſed omnis omninò negociorum geſtor contineatur. Atq; ut hoc eò magis credam, facit ipſe Juſtinianus, cui in inſtitutionibus ſive elementis juris ſumma duntaxat rerum capita, & præcepta regulasq; generales exponere propoſitum fuit, §. his igitur, Inſtit. de juſtit. & jure; & licet interdum ſpecialia nonnulla admiſceantur atq; exceptiones; obſervavit tamen illud ubiq; accuratè, ut regulas præmitteret, & exceptiones illis ſubjiceret, aut certè notas aliquas exceptionibus adderet, ex quibus exceptiones illas eſſe intelligeretur, ut vidimus paulò antè factum eſſe in d. §. fi. Inſtit. de locat. At nec regula alia in negociorum geſtore propoſita eſt, quàm cujus ante mentionem feci, nec ullæ notę ſunt, ex quibus colligi poſſit à Juſtinia-

ſtiniano exceptionẽ ibi fuiſſe propoſitam. Interpretari autem exactiſſimam diligentiam *exactam*, vereor ut nimis ſit divinatorium, & natura ipſa, ut Grammaticam taceam, id non patiatur, ut ex his quæ paulò antè dicta ſunt, conſtare poteſt manifeſtius. Si quæras, utrum negociorum geſtor regulariter teneatur præſtare diligentiã exactiſſimam, reſpondebunt interpretes, ad exactam teneri ipſum, non ad exactiſſimam; at Juſtinianus ad exactiſſimã etiam ipſum teneri claris verbis decidit. Dicere autẽ exactam illam eſſe interpretandã, præterquam quod veroſimile non eſt, eam fuiſſe Juſtiniani mentem, qui eodem labore, & quidem facilius ſcribere potuiſſet *exactam*, quo ſcripſit *exactiſſimam*, nimis, ut dixi, eſt divinatorium. Sanè nõ nego ab eo, qui exactiſſimã debet diligentiam, deſiderari etiam exactam; ſed ut de eo qui exactam debet, dici poſſit, quod debeat exactiſſimam, pernego. Semper enim ineſt poſitivus ſuperlativo, non viciſſim; ſemperq; manet illud, ſi exacta tantùm debeatur, negari id quod Juſtinianus dicit deberi exactiſſimam. At exactiſſima debetur; nõ igitur exacta tantùm, atq; adeò exactiſſimam interpretari non debemus exactam, quaſi exacta illa ita debeatur, ut non ſimul etiam debeatur exactiſſima. Quinimò *ſi exactam* Juſtinianus ſcripſiſſet, *exactiſſimam* tamen intelligendam eſſe ipſe Juſtinianus in ſupradictis verbis, *nec ſufficit talem diligentiã, &c.*

ſatis

ſatis declarat, tantùm abeſt, ut cùm *exactiſſimã* ſcripſerit, ea ad *exactã* reſtringi debeat aut poſſit. Quod mihi nunc quidem tantò eſt veroſimilius, quòd videam Eguinar. Baronem Juriſconſultum doctiſſimum in §. fin. Inſt. de locat. interpretatum eſſe vocem *exactam*, quam Juſtinianus à commodatario præſtandã eſſe ſcripſit in d. §: item is cui, *exactiſſimam*, ex eo, quòd Juſtin. ibidem ſubjiciat, *ſi modò alius diligentior*. Verba Baronis ſunt hæc: *Nam licet exactam dixerit, ita tamen pòſt declarat, ut conſtet exactiſſimam intellexiſſe: ſi modò inquit, alius diligentior, &c.* Secundò, negociorũ geſtorem teneri etiã de culpa leviſſima, videtur textus eſſe expreſſus in l. ſi mater, C. de uſur. ubi reſcripſit Philippus Imp. matrẽ, quæ negocia filii geſſiſſet, OMNEM DILIGENTIAM præſtare debere; non igitur cuſtodiam tantùm, (tametſi ſi & hanc dixiſſet, imò ſi ſimpliciter diligentiam, intelligenda eſſet nihilominus culpa etiam leviſſima) ſed, ut Juſtinianus dicebat in d. §. 1. exactiſſimã, adeoq; culpam non levem duntaxat, ſed & leviſſimam. Si enim negociorũ geſtor tenetur ad diligentiam, quod conſtare video omnibus; ſi ad diligentiam omnem, ut loquitur Philippus Imp. ſi ad exactam, ut Paulus lib. 1. ſent. in princ. ſi ad exactiſſimam, ut Juſtinianus in d. §. 1. Inſtit. de obl. quæ quaſi ex contract. quidni etiam ad culpam leviſſimam? præſertim cùm videam nonnullos in d. l. contractus ex eo, quod Impp. in l.

à cu-

à curatore, C. mandat. à procuratore dolum & *omnem culpam* pręſtandam eſſe volunt, intuliſſe præſtandã eſſe culpam non levem tantùm, ſed etiam leviſſimam; & regula ſit, eum qui dicit omnia, nihil excludere, quæ doctrinæ etiam Logicorum eſt cõſentanea. Quòd ſi etiam mater, ſi fœmina ad omnem diligentiam tenetur, in quo caſu loquitur Philippus Imper. quantò magis extraneus, & quantò magis maſculus? In fœminis enim aliâs tantam accurationem non deſiderari, quanta eſſe debet in maſculis, notum eſt; neq; tam ſtricta inter neceſſarios, maximè verò inter parentes & liberos, eſſe ſolet obſervatio, quanta eſt inter extraneos, arg. l.3. §.interdum, D.de neg. geſt. Tertiò id ipſum etiam ſenſiſſe videtur Pomponius Juriſconſ. in d. l. ſi negocia, *ſi*, inquiens, *negocia abſentis & ignorantis geras, & culpã & dolum præſtare debes*, ubi culpæ appellatione, non levem tantùm, ut plerunq;, ſed leviſſimam etiam culpam contineri, argumento ſunt verba in textu ſequentia: *ſed Proculus interdum etiã caſum præſtare*. Ut enim ſub caſu culpam leviſſimam intelligamus, quis feret, ſiquidem caſui opponitur culpa indiſtinctè, atq; adeò non levis tantùm, ſed leviſſima etiam? Multò minus ferendum eſt, ſi dicatur, culpæ leviſſimæ omninò mentionem factam non eſſe, ac ne implicitè quidem, ut loquuntur. Eſſet enim hoc contra mentem Pomponii, cui extra controverſiam propoſitum fuit docere de ne-

de negociorũ geſtore in genere, quid ipſi doli, culpę & caſus fortuiti nomine pręſtandum vel non præſtandum eſſet. At diſtinctionis membrum aliquod, cujuſmodi eſt culpa leviſſima, prætermittere vicioſum eſt; quod vicium ut à Pomponio removeatur, omninò dicendũ eſt, culpæ appellatione intelligi nõ levem tantùm, ſed etiam leviſſimã, atq; adeò non minus hanc, quàm illam à negociorum geſtore pręſtandam eſſe. Apparet ſanè ex l. heredes 25. §. non tantùm, D. famil. erciſc. Juriſconſultos antiquos, cùm docuerunt, dolum & culpam præſtari, appellatione culpæ non levem tantùm, ſed leviſſimam etiam intellexiſſe, niſi circumſtantiæ aliud poſtularent. Niſi enim hoc ita eſſet, quid opus fuiſſet Paulo in d. §. non tantùm, poſteaquam dixiſſet, coheredem, non dolum tantùm, ſed etiam culpam præſtare debere, ut ſubjeciſſet, nõ tamen diligentiam eum præſtare debere, qualem diligens paterfamilias, id eſt, non culpam leviſſimam? Nam exceptio non fit niſi à regula, atq; adeò cùm ibi fiat à culpa, culpæ appellatione leviſſimam etiam intelligi manifeſtò inde apparet. Neq; verò eſt legũ in Digeſtis poſitarum ratio eadem, quæ Conſtitutionum in Codice. Sunt enim in Digeſtis jura tractata pleniùs, & ut ita dicam, in theſi vel in abſtracto, ſine ulla facti alicujus propoſiti circũſtantiis ſuis facta determinatione, ut ſi quæ omittantur ad rem pertinentia, ea omittantur

vicio-

Digitized by Google

viciosè;in Codice autem conciſius,&;ut ita dicam,in hypotheſi vel in cōcreto,juribus generalibus ad ſpeciale factum accommodatis; atq; accommodatis illis non omnimodò, ſed prout facti propoſiti circumſtantiæ id poſtulabāt definitè, ut ſi quid dicatur ut reſpondeatur extra factum, plus dictum aut reſponſum eſſe videatur, quàm dici aut reſponderi debuerit. Quartò idem confirmatur ratione, quæ deſumitur ex l. in re mandata, C. mandati. Ibi enim Conſtantinus Imp.ſic ſcribit: *Aliena negocia exacto officio geruntur,nec quidquam in eorum adminiſtratione neglectū ac declinatum culpa vacuum eſt*. Aſſumemus: At negociorū geſtor aliena negocia gerit;quæ aſſumtio certiſſima eſt. Sequitur igitur ut exacto officio illa gerere debeat, nec ſi quidquam in eorū geſtione neglexerit ac declinaverit, culpa vacuus ſit. Atqui debet illa gerere officio ita exacto,ut etiā exactiſſimo,ſicut rectiſſimè interpretatur Petr. Faber in d.l. contractus. Ut ita hoc interpretemur, ſuadet primùm oppoſitio à Conſtantino Imp.in conſtitutione illa facta, inter eum qui ſua propria gerit negocia, & eum qui negocia gerit aliena. Nam ut quiſq; rei ſuę arbiter & moderator negocia ſua ex proprio gerit animo,hoc eſt,prout placuerit ipſi,etiam diſſolutiſſimè & negligentiſſimè in illis verſando; ita gerēs negocia aliena nō ex animo proprio illa geret,ſed exactiſſimè & diligētiſſimè.Quò pertinet,quod ſcribit Cic.

Cic. in ea pro Roſc. Amerino: *In privatis rebus*, inquiens, *ſi qui rem mandatam, non modo malitioſiùs geſſerit, ſeu quæſtus aut commodi cauſa, verùm etiã negligentiùs, is admittit ſummũ dedecus. Quid enim recipis mandatũ, ſi aut ad tuum commodũ converſurus, aut neglecturus es? cur mihi te offers, ac meis commodis officio ſimulato officis & obſtas? Recede de medio, per aliũ tranſigam, ſuſcipis onus officii, quod te putas ſuſtinere poſſe.* Deinde ſuadet idem vox, QUIDQUAM; quicquid enim neglectũ fuerit aut declinatum culpa vacuum non eſt, ita nimirum, ut ſi neglectum aut declinatũ quid fuerit, quomodocunq; etiam illud fiat, id præſtandũ ſit; id autem fit culpa non minus leviſſima, quàm levi. Et verò eſt ratio illa non propria mandatarii, ſed omni alieni negocii geſtori cõmunis, ſive mandato illud gerat ſive ſine mandato; imò verò ſi locum illa habet, ut habet, in mandatario, qui ad geſtionẽ accedit, præcedente negocii domini rogatione atq; mandato, multò magis locũ habebit in negociorum geſtore, qui ſponte ſua nõ etiam rogatus ad negocia gerenda acceſſit, & ſe illis obtulit, atq; offerendo induſtriã ſuam in gerendo ſive adminiſtrando profeſſus eſt. Quintò in hoc contractu negociorum geſtorũ culpam leviſſimam etiam præſtari, ex illo mihi rectè colligere videor, quod Interpretes noſtri in d. §. fi. Inſtit. de locat. pro regula ſtatuunt, quod quotieſcunque quis ſeſe geſtioni ſive adminiſtrationi offert,

offert, toties ille culpam leviſſimã præſtare teneatur. At verò negociorum geſtor geſtioni ſive adminiſtrationi negociorum ſemper ſe offert, quoniam certiſſima eſt hujus contractus natura, quòd negocia aliena gerens ſpontè non rogatus ad ea gerenda accedat, atq; adeò ſemper ſeſe offerat. In arbitrio enim ipſius eſt ab initio negociorum geſtionem ſuſcipere; ſuſceptam autem pro arbitrio ſuo negligenter administrare, liberum ipſi non eſt. Niſi enim ipſe ſuſcepiſſet, alius fortaſſe ipſo diligentior in ſeſe recepiſſet; culpamq; ſuam agnoſcat, cur ſe rei ad ſeſe non pertinenti temerè immiſcuerit, per l. culpa eſt, 36. D. de reg. jur. Nam poteſt negligenti geſtori idem dici, quod mandatario negligenti dici poſſe ex Cicerone ſuprà meminimus: *Quid recipis geſtionem, ſi aut ad tuum commodum converſurus, aut neglecturus es? cur mihi te offers, ac meis commodis officio ſimulato officis & obſtas? Recede de medio; per alium tranſigam; ſuſcipis onus officii, quod te putas ſuſtinere poſſe.* Quid ni enim negociorum geſtori, & quidem multò meliori jure hoc ita dici poſſit, quàm mandatario, cùm mandanti imputari poſſit, quòd elegerit hominem negligentem, cui ſua negocia mandarit, maximè cùm ſciret; imò verò etſi talem eſſe ignoraret, quoniam de conditione ipſius prius, quàm ipſi mandaret, inquirere debuiſſet: in eo autem cujus abſentis vel ignorantis negocia geruntur, ejuſmodi culpa

nulla ſit, ut quid tale imputari ipſi poſſit. Accedit hiſce autoritas excellentiſſimi hujus ætatis Juriſconſulti Cujacii in notis ad lib. 1. ſent. Pauli 4. in princ. Non obſtat l. tutori, C. de neg. geſt. ex qua culpa leviſſima non videtur præſtanda eſſe, cùm Imperatores in illa doli tantùm, culpæ latæ & levis mentionem faciant. Jam ſuprà enim dictum eſt, in Conſtitutionibus Imperatorum in Codicem relatis non proponi juris regulas, ut in Digeſtis & in Inſtitutionibus, niſi evidenter appareat ex circumſtantiis regulas proponi; ſed reſcribere Imperatores ut plurimùm ad caſus certos, ſive, ut loquuntur, facti ſpecies certis circumſtantiis limitatas, de quibus amplius, quàm quod ipſis fuit propoſitum, definire opus non fuerit. Quod idem in d. l. tutori accidiſſe, ut de culpa leviſſima quęſtio nulla fuerit, atq; adeò nec deciſio ſubſecuta fuerit, affirmare nihil video quod impediat. Argumẽtari autem ex Imperatorũ conſtitutionibus à contrario ſenſu, item ab incluſione unius ad excluſionem alterius, & è contrario ab excluſione unius ad incluſionem alterius, valdè eſt periculoſum, & neſcio an non, ſi id concedatur, parum abſit, quò minus certiſſimæ atq; extra omnem controverſiam poſitæ juris noſtri regulę pleręq; ſubvertantur. Quòd ſi ſunt, quibus hæc conciliatio diſplicet, liceat mihi ſanè idem, quod illi ſibi ex d. l. tutori, probare licere putant, culpam leviſſimam à negociorum ge-

ſtore

ſtore non præſtari, contrarium ejus ex l. negocium gerentes, C. eod. quæ una interjecta mox d. l. tutori ſequitur, eorundemq; eſt Imperatorum, probare, & quidē ratione eadem culpam leviſſimam præſtandam eſſe. Argumentum illorum eſt hujuſmodi: Is qui ultrò negocia adminiſtravit (hic autem eſt negociorum geſtor) nō tantùm dolum & latā culpam, ſed & culpam levem præſtare neceſſe habet. Non igitur culpam leviſſimam, non caſum fortuitum. De caſu fortuito aſſentior, quoniam & leges diſertè de caſu fortuito hoc exprimūt, & ratio contractuum omnium ſuadet: ſed per d. l. tutori, hoc probari nego: aut ſi probari hoc inde omninò contendunt, quia Impp. ibidem non dicunt, caſum fortuitum prꝗſtari, concedant mih & hoc ex d. l. negocium probari culpam leviſſimam prꝗſtandam eſſe, ex ratione eadem, quoniam in ea de caſu fortuito duntaxat, nō etiam de leviſſima culpa dicatur, quòd negocium gerentes caſum fortuitum præſtare non compellantur. Quod ſi non conceſſerint, animadvertant tandem, nec illud, quod ipſi ſibi aſumunt, concedi poſſe. Non etiam obſtat, quod Papinian. in l. fidei 32. D. de neg. geſt. dicit in actione negociorum geſtorū culpam æſtimari ſatis eſſe, non etiam caſum. Nam ſi ita ſtrictè vox culpę eo loco accipiatur, ne dolus quidē præſtabitur, aut ſi dolus ea continetur, quid impedit, quò minus culpa etiā leviſſima illa contineatur, quam non

minus atq; dolum, etiamſi non tantam, culpam eſſe ipſa culpę leviſſimę appellatio ſatis arguit? aut ſi culpæ appellatione culpa leviſſima contineri non debuit, quid eſt cur Papinian. non ęquè culpam leviſſimam, atq; caſum exceperit, cum de illa major, de hoc minus dubitari potuiſſet? Eſt quidem culpa leviſſima caſui fortuito vicina, ſed eſt illa culpæ multò vicinior, ex quo etiam culpa, quamvis nō lata nec levis, dicitur. Scio culpam abſolutè poſitam ſignificare culpam levem, ſed id non eſſe perpetuū, ſuprà monui. Suadet enim interdum oppoſitio quæ fit inter culpam & caſum fortuitum, ut culpam interpretemur culpam omnem, quæ & dolus ſit, & culpa lata, & culpa levis, & culpa leviſſima, ut in d.l. fidejuſſor, & in l.ſi procuratorem 8.§.proinde ſi ſibi, D.mandat. interdum etiam idem ſuadet ſubjecta materia, de qua agitur mentione culpæ in illa facta, quemadmodum circa contractus mandati cauſam notavit Petr. Faber in d. l.contractus, quod nimirum in illo appellatione culpę, non levis tantùm, quę propriè culpa dicatur, ſed leviſſima etiam comprehendatur, ubicunque abſolutè culpæ mentio fiat, ut in l.etiamſ. C.mandat. d.l.ſi procuratorem 8.§.proinde ſribi, l.idemq; 10.l.inter cauſas 26.§.ſed cum ſervus, C.eod. Objicitur etiam l.ſi pupilli 6.§.fi. D.de neg. geſt. in qua Julianus Juriſconſ. diſputat, ſi is qui negociorum adminiſtrationem ſuſceperat, quædam duntaxat ge-

tat,

ſat, quędam omittat, atq; alius, qui non illa tantùm, ſed hæc etiam geſturus erat, propterea nõ geſſit, quòd alium adminiſtrationem eorum ſuſcepiſſe videbat, an, inquam, is negociorum quorundam geſtor teneatur, ob id quòd quædam non geſſit, ex quo damnum fortaſſe ſenſit negociorum dominus. Reſpondet Julianus verius eſſe, ut teneatur. De culpa leviſſima ut non affirmat, ita nec negat, ipſum teneri. Eſt ſanè eo caſu negociorum geſtoris culpa non leviſſima tantùm, ſed levis etiam, in eo, quòd ſe alterius negocia gerere ſimulat, neq; tamen illa gerit omnia. Simulaſſe enim geſtorem, quis nõ videt? Nam propterea alter ille, quòd exiſtimaret negocia omnia ab iſto geri, geſtionem non ſuſcipiebat, quod ut exiſtimaverit, neceſſe non eſt, manifeſtum fuiſſe, quòd non geſſerit, ſed pro eo habitũ fuiſſe, qui gereret. Eſt quidem ratio illa Bartoli, aliorumq; Interpretum, cur negociorum geſtor ex cõtractus natura de culpa leviſſima teneri nõ debeat, valdè ſpecioſa. Quòd ſi enim de leviſſima culpa ſe teneri quis ſciverit, ſi ad negociorum geſtionem acceſſerit, ecquis erit, qui hoc facturus ſit? qua ratione non ſolùm maximę ſæpè abſentium commoditates intervertentur, ſed negocia etiã indefenſa relinquentur. Sed eſt in conjecturis illa ratio magis poſita, quàm in jure; & verò non eſt veroſimile, eum cujus negocia geſta ſunt ab amico, de culpa leviſſima, ſi præſertim cetera utiliter

Digitized by Google

geſta ſint, adverſus negociorum geſtorem facilè acturum eſſe, & quamvis de jure actio eo nomine competat, æquitas tamen fortaſſe eam eſſet inhibitura, arg. l. 3. §. interdum, D. de negot. geſt. Eſſet enim illud hominis ingrati, & profectò non admodum humani. Jura autem certis rationibus cõſtituta, ex ejuſmodi dubiis eventibus æſtimare, aut ad illos accommodare, legiſlatoris non eſt prudentis nec ſapientis. Multò ſpecioſius illud eſt, quod contractuum natura in genere ita definita eſt, ut is, cujus nulla utilitas in cõtractu verſatur, dolum præſtet duntaxat & latam culpam: ſi utriuſq;, dolum & culpam: ſi alterutrius, is etiam leviſſimam. Sed ita negociorum geſtor nihil niſi dolum & culpam latam præſtabit, neque præter illa quidquam aliud mandatarius, ſi in rem ſuã procurator non ſit; quæ manifeſtò falſa ſunt. Repetendum autẽ hic eſt illud ex ſuperioribus, quòd is qui mandatum ſuſcipit, & multò magis, qui ad negociorum geſtionem accedit, ſeſe offerat, atq; offerendo induſtriam ſuam profiteatur; quam cùm non habet, imputet ſibi cur acceſſerit, cur ſuſceperit, cur inde ab initio negocia nõ intermiſerit; aut certè ſi habet, multò magis imputet ſibi, cur eam non fideliter adhibuerit, aut ſi adhibere noluit, cur non inde ab initio adminiſtrationem omiſerit, aliumq; diligentiorem ad eam admiſerit. *Quid enim recipis*, inquit Cicero, *mandatum*, adde negociorum geſtionem,

ſi aut

ſi aut ad tuũ commodum converſurus, aut negle-ξturus es? cur mihi te offers, ac meis commodis officio ſimulato, officis & obſtas? Recede de medio, per alium tranſigam, ſuſcipis onus officii, quod te putas ſuſtinere poſſe. De tutore idem ſcribit Harmenopulus, quem refutavit Pet. Faber in d.l. contractus, qua de re dicetur loco commodiore.

De obligatione minorum ſui juris. CAP. XVI.

DE minorum ſui juris obligatione hoc capite nonnulla attingere mihi viſum eſt. Quæſtio autem de illa apud Juriſconſultos duplex eſt: prior de minoribus impuberibus, poſterior de minoribus ita dictis ſpecialiter. Etſi enim ætas in genere minor illa ſit & dicatur, quæ eſt inde ab initio uſque ad annum vigeſimum quintum, atq; inde non minus impuberes, quàm puberes minores dicantur, ut apparet ex l. 2. D. qui petant tutor. l. fin. C. ſi major fact. alien. in ſpecie tamen diſtinguitur, ut alia prima ſit, alia ſecunda, per l. fin. §. ubi autem, & §. ſin autem, C. de bon. quæ liber. l. ſancimus, in curat. C. de epiſcop. audien. Novell. 72. & 155. de quibus illa continetur annis à primo ortu maris, quatuordecim; à primo ortu fœminæ, duodecim, §. 1. Inſtit. quib. modis tutel. finit. l. à qua ætate 5. D. qui teſt. fac. poſſ. l. fin. C. quand. tutor. eſſe deſin. intra quam ætatem qui eſt, infinitis propemodum juris noſtri locis impubes dicitur: hæc verò eſt ab ætate prima com-

pleta, tam in fœmina, quàm in mare ad annum uſque vigeſimum quintum, ex qua, qui impubes ante erat, fit pubes, qui & adoleſcens dicitur, ut plurimum verò Minor, atq; hic quidem ſpecialius. Eſt verò quæſtio illa ſecundum ætatem iſtam diſtinctam, ita diſtincta, quoniam de obligandis minoribus impuberibus & minoribus puberibus idem jus non eſt. Nam ut natura illos diſtinxit ætate, cui poſtea leges certam formam dederunt, ita jus diſtinxit eoſdem poteſtate, ut illi quidem ſub tutoribus eſſent, aut certè eſſe deberent, hi verò ſub curatoribus, quamvis hoc non ita neceſſariò; quin etiam effectu eoſdem diſtinxit, ſiquidem plurima à minoribus puberibus ſolis rectè fiant, quæ à minoribus impuberibus ſolis omninò fieri nequeant. Sanè, quod ad præſentis quæſtionis diſceptationem attinet, in eo utriſque convenit, quod obligando ſibi alios conditionem ſuam poſſint reddere meliorem, etiam ſine tutorum autoritate, aut conſenſu curatorũ; ſive habeant illos, ſive non habeant: idq; extra controverſiam eſt, in cõtractibus ex quibus obligant ipſi ſibi alios ſine ullo alio ſuo facto, non autem ſeſe aliis per regulam, qua placuit, licere pupillis meliorem ſuam conditionem facere, etiam ſine tutorum autoritate, quæ refertur in princ. Inſtit. de autorit. tutor. l. contra juris, 28. D. de pact; atque adeò multò magis minoribus ſine conſenſu curatorum. Quin & illud extra contro-

tro-

troverſiam eſt, obligationibus hereditariis utroſq; non minus teneri, atq; tenentur hi quibus ſucceſſerunt, & à quibus cauſam ſuam habent, etiamſi obligatio è re & commodo ipſorum non ſit, §.non autem omnes, Inſtit.de perpet.& temporal.action. l. ex contractu, 49. D. de oblig.& act.cum ſimilibus, atq; ubi ex re venit actio, utroſq; etiam ſine tutoris autoritate vel ſine curatore obligari, etiamſi obligatio ab ipſis incipiat, nec ſit ipſis omninò commoda, l. furioſus 46. D. de oblig. & act. l.heredes, 25. §. non tantùm, D.famil.erciſ.l.ſi mancipiis 17.§.ſi impubes, D.de inſtitor act.l.ſi quis, 29.D.commun. divid. l.3, §. etſi furioſi, D.de negot. geſt. Atq; ne de hoc quidem dubitatur, quin minores illi obligentur, ſi contractus autoritate tutorum interveniente vel cum conſenſu curatorum ineantur; l.in negociis 5. D. de reg. jur. Verùm de illo omnis eſt quæſtio atq; diſputatio: An minores impuberes vel puberes ex cõtractibus ſuis à ſe ſine autoritate tutorum, vel curatorum conſenſu, ſuo conſenſu initis & celebratis, obligentur; quæ quæſtio in duas alias, ut dixi, diſcedit; quoniã in hac idem de utriſq; jus non eſt. Hæc autem diſputatio, quò rectius intelligatur, de obligatione ejusq; natura quędam præmittenda eſſe putavi. Res verò ita ſe habet; ut Juriſconſulti tria univerſi juris ſubjecta conſtituerint, ad quę omnia, quę de jure dicerentur, ſeu dici poſſent, tanquam ad ſumma

Digitized by Google

ſua principia referrentur, nimirum, Perſonas, (quas tamen generaliori vocabulo Homines dici malim) Res, & actiones, quæ eædem generalius etiã judicia, quorum pars ſunt actiones, l.1.D.de ſtatu hom. §.fin. Inſt.de jure nat. gent. & civil. ſecundum quæ tria Juſtinianum inſtitutionum ſuarum juris methodum cõformaſſe, ipſa librorum & titulorum diſpoſitio atque ſeries demonſtrat, quod pleriq; ita factum eſſe ſcribunt, ut lib.1. tractatum ſit de perſonis, earundemq́; jure, lib. 2. 3. & bona parte 4. de jure rerum; & demum de actionibus à titulo 6. lib. 4. uſque ad finem. Et certè hæc eadem videtur mens & animus fuiſſe Juſtiniani, idq́ue commentatores pleriq; omnes ſequuntur. Accurſius tamen in d.§.fi.eumq́; ſecuti quidam alii in princ.Inſtit.de oblig.obligationum doctrinam non ad res, ut illi, ſed ad actiones retulerunt, quia obligatio gignat actionem, ejusq́; habeatur quaſi mater, l. licet 42. §. ea obligatio, D.de procur. Probo Accurſium, quòd de obligationibus doctrinã à rebus ſeparaverit; quòd eam ad doctrinam de actionibus retulerit, improbo, quia non illa ſola actiones gignit, ſed actiones tantùm perſonales, atq; ne has quidem omnes, ſed illas tantùm, quæ ex contractu ſunt vel ex delicto: actiones autẽ reales ex poſſeſſione ſunt & ex dominio; ut ex hac ratione Accurſii omnia omninò quę de jure dicũtur, ad actiones referenda eſſent, quoniã quę de perſonis &

de

de rebus in jure docentur, omnia eò pertinent, ut actionum naturam, & quatenus illæ ex jure perſonarum & jure rerum proficiſcantur, atq; adeò per illas cuiq; ſuũ tribuatur, intelligi poſſit. Interpretibus autem illis, qui doctrinam de obligationibus, ad doctrinam rerum retulerunt, ut olim, ita ne nunc quidem aſſentiri poſſum; quod ſuprà etiam cap. 4. me attigiſſe memini. Obligatione enim nullum jus homini ſive perſonę in re conſtituitur, ſicut fit dominio; ſed omne illud jus quod ex obligatione proficiſcitur, etſi id fiat contemplatione rerum, inhæret duntaxat perſonis, ut non res rei, vel res perſonæ exinde obligari dicatur, ſed perſonæ perſona, ſive res in cõtractu quamprimùm interveniat, ut fit in obligationibus, quæ re contrahuntur, ſive non interveniant, ut in obligatione literarum, in ſtipulationibus, & iis, quæ conſenſu fiunt, potiſſimùm verò in his, quæ ex delictis originem habẽt, utpote in quibus plerunq; ne rei quidem ulla fiat mentio. Ita obligatio ſine re eſſe poteſt, dominium ſine re nunquam; atque hoc quidem eſt jus quod perſona habet, ſed nõ in perſonam, ſed in rem ſemper, illa autem ita jus eſt perſonę, ut in rem ſit nunquam, ſemper ſit in perſonam. Utrum autem ad jura perſonarum aut ad jura rerũ quid pertineat, id non ex eo qui jus illud habet, ſed ex eo, in quod jus habetur æſtimandum eſt, ut ſi jus habeatur in perſonam, jus ſit perſonæ; ſi in

rem;

Digitized by Google

rem, jus ſit rei: Alioquin enim, cùm jura nemo habeat, niſi perſona, jura omnia perſonarũ eſſe dicendum eſſet, ex quo magna principiorum juris ſequeretur confuſio, quam non evitabimus, niſi hæc, ut dixi, ita diſtinguantur. Nõ obſtat obligationes in numerum rerum referri à Juſtiniano in tit. Inſtit. de reb. corpor. & incorpor. Nihil enim eſt, quod generaliſſima illa rerum ſignificatione comprehendi non poſſit, quomodo actiones etiam res ſunt, neq; tamen quiſquam dixerit, doctrinam de actionibus, ad eam quæ eſt de rebus, pertinere. Nec ſequitur, ut ſi quid res eſt & dicitur, id protinus ſit etiam & dicatur jus rei. Dices, ſi obligatio nec ad res, nec ad actiones pertineat, relinqui igitur, ut pertineat ad perſonas, earumq; jus. Ita ſanè eſt. Hoc enim omninò requirit natura & proprietas obligationum, qua PERSONÆ ligantur ad ſolvendum, non RES: Quod ipſum etiam confirmat definitio obligationis à Juſtiniano propoſita, in princ. Inſtit. de oblig. qua dicitur eſſe juris vinculum, quo neceſſitate ASTRINGIMUR alicujus rei ſolvendæ, &c. Idem effectus obligationis arguit duplex, unus, quòd per obligationem hic conſtituitur creditor, ille debitor, at non res, ſed perſonæ ſunt, quæ credunt & debent: alter, quòd ex obligatione actio oritur perſonalis, non ut ex dominio realis. Nec dubium mihi eſt, quin Juriſconſulti, ſi obligationes ad jus rerum retuliſſent, ex iiſdem actiones

Digitized by Google

nes reales cõceſſuri fuiſſent, ut è contrario ſtatuendum ſit, cùm & natura obligationum hoc deſideret, & Juriſconſulti diſertè ad unũ omnes ſcripſerint, ex obligationibus oriri actiones perſonales, omninò antiquos in illa fuiſſe ſententia, obligationem jus eſſe perſonarum, non rerum. Nec ut aliud ſentirent, movere debuit interpretes methodus Juſtinianéa in compoſitione Inſtitutionum adhibita. Etſi enim methodus in Inſtitutionibus multò ſit accuratior, quàm in ullo alio juris Juſtinianei volumine, ſunt tamen in iiſdem loci non pauci, in quibus meritò deſiderari poſſit melior, ut ob ſolã doctrinæ obligationum collocationem ipſi à ratione juris certiſſima diſcedere non debuerint. Eſſet ſanè hic arguenda non levis Triboniani negligentia, ſi id quod ad doctrinam de perſonis pertinebat, retuliſſet ad doctrinã de rebus; ſed cùm aliam mihi rationem collocationis illius habuiſſe videatur, ut doctrinę obligationũ doctrinam rerum pręmitteret, nimirum, quòd in obligationibus occurrerent non pauca, quæ cognitionem rerum præſupponerent, arguenda potius eſt interpretum negligentia, quòd rationem illam methodi Juſtinianéæ non attenderint, intraque ſuos limites coërcuerint, quò minus pręter & contra mentẽ Triboniani quid aliud inde extrueretur, vel ſi attenderunt vituperanda ipſorum oſcitantia, quòd veram collocationis cauſam prætermiſerint, falſam poſue-

poſuerint, cõmittendo paralogiſmum, ut vulgò vocant, non cauſæ ut cauſæ. Hæc continuationis doctrinæ de obligationibus in Inſtitutionibus ratio, meo quidem judicio, eſt veriſſima, qua & Tribonianus à nota negligentiæ, (in qua ipſi impingenda ſunt nonnulli nimis faciles) vindicatur, & principia fundamentaq; juris ſarta tecta cuſtodiuntur. Sit igitur hoc ita loco primo nobis poſitum, obligationem jus eſſe perſonæ, non rei, quod cùm ſine ullo interprete à me affirmari hactenus crediderim, commodè hiſce diebus dum eſſem totus in edendis his diſceptationibus, accidit, ut inciderem in tractatus Petri Lorioti de arte juris, quos ad hanc uſq; diem non videram, in quibus ſub titulo de pactis, tract. 17. axio. 2. doctiſſimum virum jam pridem idem ſenſiſſe & docuiſſe reperi. Alterum deinde ſit hoc, cauſam obligationis efficientem ſummam & principalem eſſe jus. Eſt autem hæc cauſa omnium juris effectuum communis, puta acquirendæ poteſtatis patriæ, conſtituendæ tutelæ, acquirendi dominii, actionum introducendarum, atque in ſumma omnium eorum quæ de jure ſunt prodita; quæ ſi à jure aberrent, ab eodem excludentur, ut pro nullis habeantur. Sed eſt quidem cauſa illa unica, effectus autem idem non eſt, ſed multiplex & varius. Quemadmodum enim natura omnium eorum, quæ fiunt & generantur, communis eſt, effectus autem ejus diverſi ſunt, &

prout

prout medium ſeu inſtrumentum adhibetur, modò hunc, modò illum effectum producit: ita & jus, uniforme quidẽ eſt, ſed prout ipſum aliis atq; aliis utitur inſtrumentis, ita interdum dat poteſtatem patriam, interdum cõſtituit tutores, modò acquirit dominium, nõnunquam introducit obligationes, & id genus effectus producit alios. Sunt autem modi illi à Juriſconſulto accuratiſſimè ſemper diſtinguendi, ut ſciat qui ad hos vel ad illos effectus producendos de jure comparati ſint. Sicut enim naturâ non fit quidvis ex quovis, ita jure nõ ex quovis modo quivis effectus promiſcuè producitur. Quare rectè monent Interpretes animadvertendum eſſe, ne modi acquirendi dominii confundantur cum modis acquirẽdę obligationis: eoq; pertinet quod docet Paulus JCtus lib. 2. inſtitutionũ ſuarum, *Obligationum ſubſtantia*, inquiens, *non in eo conſiſtit*, (ſicut in eo conſiſtit ſubſtantia dominii) *ut aliquod corpus noſtrum, aut ſervitutẽ noſtram faciat, ſed ut* ALIUM NOBIS (quæ particulæ ad confirmationem etiam ejus, quod ſuprà dixi, obligationẽ perſonarum eſſe, non rerum, cumprimis notandæ,) *obſtringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præſtandum*, l. obligationem 3. in princ. D. de obl. & act. & quam diſtinctionẽ modorum acquirendæ obligationis à modis acquirendi dominii ibi fecit Paulus, eandẽ in modis acquirendi dominii à modis acquirendæ obligationis fecerunt

runt

Digitized by Google

runt Impp. Dioclet. & Maxim. in l. traditionibus, D. de pact. his verbis: *traditionibus & uſucapionibus dominia rerū non nudis pactis transferuntur*; ubi nuda pacta rectè exponunt, nuda à traditione, vel quæ traditione deſtituantur, ut quæ Paulo dicebātur obligationes, eæ hoc caſu Imperatoribus ſint & dicātur pacta nuda. Hæc diſtinctio non animadverſa facilè in errorem aliquem induxerit; quam tamen rem maximum habere momentum in actionibus rectè inſtituendis, ex hoc exemplo intelligi poteſt. Si rem tuam abs te emerim, emtio eſt, & ex ea obligatio, neq; tamen propterea in me rei dominium tranſlatum eſt, niſi eam rem, quam abs te emi, mihi etiam tradas. Traditio enim modus eſt acquirendi dominii, §. per traditionem, Inſt. de rer. diviſ. emtio modus eſt acquirendæ obligationis, tot. tit. de emt. & emtio traditionē quaſi præparat. Itaq; priori caſu ſi res quidem emta ſit, ſed nondum tradita, non agam rei vindicatione, quæ ſoli domino competit, quia dominus nondū factus ſum, quippe re mihi, ut præſupponitur, nondum tradita, ſed agam ex emto actione perſonali, ut res mihi tradatur: poſteriori autem caſu, ſi rem ita emerim, ut etiā mihi ſit tradita, poſtea verò rem illam amittam, actio in rem dabitur, non quòd illam emerim, ſed quòd illa mihi ſit tradita. Hæc diſtinctio in contractu mutui eſt manifeſtiſſima, ſiquidem in eo concurrit modus acquirendæ obligationis

Digitized by Google

nis & acquirendi dominii, ita ut unus idemq; actus utrunq; inducat, qui re ipſa quidem unus eſt, ratione verò ſit diſtinguendus. Datio enim mutui obligationem inducit, & ſimul dominium transfert, ſed hoc quatenus res, quæ mutuo datur, traditur, illa quatenus in dationẽ illam hic conſenſus, ut mutuum contrahatur, incurrit. Qui autem modi ſint acquirendi dominii, & qui ſint modi acquirendæ obligationis, pluribus hoc loco exponere, inſtituti noſtri ratio non patitur. Porrò quemadmodũ jus, quod cauſam obligationis dixi eſſe efficientem ſummam & principalem, duplex eſt: naturale, quod & gentium eſt, vel civile, ut docet Juſtin. in Inſtit. ſub tit. de jure nat. gent. & civil. & in §. ſingulorum, & in §. venditæ, Inſtit. de rer. diviſ. ita prout obligatio cauſam habet jus naturale, vel jus civile, vel utrunq;, ita ipſa eſt naturalis, vel civilis tantum, vel ex utraq; illa mixta; quam diſtributionem ad διχοτομίαν ita revoco, ut dicam, obligationem aliam eſſe ſimplicem, aliam mixtam: & ſimplicem iterum naturalem tantùm, vel civilem tantùm, miſtam autem quæ ſit naturalis & civilis ſimul. Quæ ſpecies omnes ſub hac generali obligationis definitione comprehenduntur, ſi illa dicatur eſſe juris vinculum, quo quis aſtringitur ad ſolvendum id quod debet. Sicut enim, qui obligatus eſt civiliter, aſtrictus eſt vinculo juris civilis, hoc eſt, ut civiliter ſolvere teneatur quod civiliter debet: ita viciſ-

T ſim

Digitized by Google

ſim in ſuis terminis qui naturaliter obligatus eſt, aſtrictus eſt vinculo juris naturalis, ut non minus ex æquitate naturali ſolvere teneatur, quod naturaliter debet, atq; ex æquitate civili tenetur is, qui debet civiliter. Itaq; naturalem obligationem nõ ineptè definiveris vinculum juris naturalis, quo quis aſtringitur ad ſolvendum id, quod debet naturaliter, l.cum amplius 84. §. 1. D. de reg. jur. quod vinculum Papinianus valdè eleganter appellavit *vinculum æquitatis, quo ſolo naturalis illa obligatio ſuſtineatur*, in l.Stichũ 95.§.naturalis, D.de ſol. ſicut è contrariò obligationem civilem tantùm, vinculum juris civilis, quo quis aſtringitur ad ſolvendum id, quod debet civiliter tantùm. Civilis & naturalis ſimul eſt, quæ utroq; jure quem adſtringit ad ſolvendum id, quod ſimul & naturaliter debet & civiliter. Atq; de civili tantùm, vel de civili & naturali ſimul accipiènda eſt illa obligationis definitio à Juſtiniano propoſita, propter verba illa, *ſecundum civitatis noſtræ jura*. Non aſſentior illis, qui obligationem naturalem impropriè obligationem eſſe ſcribunt, eò quòd ex iſta neceſſitate ſolvendi quis non adſtringatur, arg. l. in vendendis, C. de contrah. emt. Etſi enim illa eoſdem, quos habet obligatio civilis, effectus non habeat, in ſuo tamen genere non minus eſt obligatio, atq; civilis, ſiquidem naturam cujuſq; rei æſtimamus non tam effectibus ſuis quàm cauſis, notumq; eſt qualitatibus ſub-

ſtan-

ſtantias rerum non immutari. Contractuum hæc eſt natura, ut ex his contrahentes ultrò citroq; obligentur, l. Labeo 19. D. de verb. ſignif. non tamen contractuum omnium, cum ſint, ex quibus alteruter contrahentium duntaxat, ut mutuum, ſtipulatio, & quidam alii, obligetur, quos tamen non minus rectè dixeris contractus eſſe propriè atq; illos. Eſt quidem ita, ut obligatio naturalis ad actionem producendam efficax non ſit, quoniam in terminis naturæ relicta eſt, l. ſi pupillus, 127. D. de verb. oblig. habeat tamen effectus naturales à jure civili approbatos aliquos, ut ſit non omninò inutilis, de quibus Coraſ. in l. frater à fratre 38. in princ. n. 36. D. de condict. indeb. Sufficit enim illa ad excipiendum, l. juriſgentium 7. §. quininò, D. de pact. & ad impediendam atq; removendam ſoluti veluti indebiti condictionem, l. 13. §. fin. D. quod quiſq; jur. l. fidejuſſor obligari 16. §. naturales, D. de fidejuſſ. l. naturales 10. D. de obl. & act. l. naturaliter 13. D. de condict. indeb. & ad compenſationem, atq; adeò ad indebiti per errorem ſoluti repetitionem prodeſt, l. etiam 6. & l. ſi ambo, 10. D. de compenſ. Hinc naturalem obligationem non ex eo duntaxat æſtimari voluerunt JCti, ſi obligatio quidem ſit, ſed tamen non detur actio, ſed ex hoc etiam, ſi ex obligatione illa debitum ſolutum ſit, neque id repeti poſſit, quæ duæ obligationis notæ ita ſimul ſunt expreſſæ ab Ulp. in d. l. fidej. §. naturales,

& à Paulo in d.l.naturales. Sanè ſi extra Remp. Romanam egrediamur, non minus ad ſolvendum aſtringit obligatio naturalis, atq; civilis in Repub.Romana: & ſemper æquum eſt, ut qui debet, ſolvat, etiamſi ejus nomine jure civili nõ detur actio, qua cogi poſſit, ut Paulus luculenter affirmavit in d. l.cum amplius: *Is natura debet*, inquiens, *quem jure gentium dare oportet.* Verbum autem *oportet* eſſe neceſſitatis docent lexicographi. Quare quòd eos, quibus natura duntaxat debetur, Ulpianus dicit non eſſe loco creditorum, in l.creditores, 10. D.de V.S. id accipiendum eſt de jure civili hujusq; effectibus, quoniam crediti appellatio in jure civili ea tantùm pecuniam demonſtrat, quæ poteſt peti; non etiam eam, quæ petitionem quidem non habet, ſolutione autem facta repeti non poteſt, quibus verbis poſterioribus deſcribitur pecunia ex ſola obligatione naturali debita, in l. ſi is 94.§.fin. D.de ſolut. Neq; enim qui creditores ſunt, aut debitores, eodem modo omnes creditores ſunt aut debitores, ſed qualis eſt obligatio, talis etiam eſt debiti ſolvendi neceſſitas. His ita poſitis intelligitur, in utroq; illo diſceptationis propoſitæ membro quæſtionem eſſe de obligatione naturali tantùm, vel civili ſimpliciter aut mixtè. Nam ad hanc rem quod attinet, obligationem civilem tantùm, ab ea quæ mixta eſt, civilis & naturalis ſimul, non diſtinguo, ſed quod de illa affirmatur aut negatur,

idem

Digitized by Google

idem de hac etiam affirmari aut negari ſciendũ eſt. Cæterùm de minore impubere, quòd civiliter non obligetur ſine autoritate tutoris ſui, extra controverſiam eſt per l. obligari 9. D. de autor. tutor. Diſputatur an ſaltem naturaliter? Sunt enim leges, quæ hoc videntur negare, l. pupillus 59. D. de O. & A. l. quod pupillus 41. D. de cond. indeb. quædam affirmare, l. 1, D. de novat. l. ſi pupillus 127. D. de V. O. l. ſi pupillus 21. D. ad leg. Falc. l. fi. D. de jurej. l. in numerationibus 44. l. Stichum 95. §. naturalis, D. de ſolut. l. cum illud 25. §. heres, D. quan. dies legat. ced. l. ſi ejus 64. D. ad SC. Treb. Accurſius in d. l. quod pupillus diſtinguit inter pupillum infantem, & pupillũ eum, qui pubertati eſt proximus, ut infans quidem naturaliter nõ obligetur, obligetur autẽ pubertati proximus; quem ſecutus eſt Bart. in d. l. 1. D. de novat. & ceteri ferè omnes. Dec. in l. pupillus 189. D. de R. J. & hanc ſententiam frequentiore calculo à vetuſtioribus juris interpretibus comprobatã fuiſſe, ſibiq; videri probabiliorẽ ſcribit Jo. Rob. lib. 2. recept. lect. c. 17. & ante eum communem eſſe dixit Jaſ. in l. interdum, n. 5. D. de cond. indeb. adducens text. l. fi. D. de jurej. & in l. ejus qui, §. quas verò, n. 41. D. ſi cert. petat. eamq; tuetur Alciat. lib. 5. paradox. c. 16. in fi. Fateor magnum eſſe iſtius diſtinctionis in multis juris articulis uſum; ſed eam ſuprà dictis legibus, quę in ſpeciem inter ſe pugnare videntur accommodare, nõ videtur mi-

hi magnis illis Juriſconſultorum noſtrorum ingeniis ſatis dignum eſſe. Ut enim omittam illud vulgatum, ejuſmodi diſtinctionibus utendum non eſſe, cùm leges ipſę non diſtinguunt, ſicut non diſtinguunt, in quęſtione hac propoſita, quis credat, ſi de infante Juriſconſultis ſermo fuit inſtitutus, voluiſſe ipſos pupilli mentionē facere, cùm æquè in proclivi eſſet appellatio infantis, atq; illa pupilli? Infantem ſi dixiſſent, quis dubitat poſita ſpecie, poſitum etiam genus? neq; tamen quod de ſpecie una affirmatur aut negatur, idem protinus affirmabitur aut negabitur de ſpecie altera ipſi oppoſita; neque quod eſt ſpeciei, univerſaliter generis eſt, ita, ut ſpeciei etiam oppoſitæ conveniat. De infante verò nemo dubitavit unquam, ipſum ne naturaliter quidem obligari, uſq; adeò, ut ne quidē m accedente tutoris autoritate id fieri poſſit; §. pupillus, Inſt. de inut. ſtipul. l. in negociis 5. D. de regul. jur. ut Juriſconſultis in commentarios ſuos, & præſertim Licinio Rufino in regulas ſuas id referre, & Compilatoribus ex illis non ſemel repetere, ſed bis etiam inculcare, & bis non incidenter, ſed ita, ut peculiares inde leges factæ fuerint, ponere neceſſe non fuerit. Eoq; magis nunc in hiſce acquieſco, quòd etiam excellentiſſimum Juriſc. Donellum in d. l. ſi pupillus, n. 11. iiſdem rationibus Accurſii interpretationem refutaſſe, poſteaquam hæc ita ex ingenio ſcripſiſſem, animadverti; ex quo præ-

Digitized by Google

præterea & illud didici, quòd nō minus rerum, de quibus in d. l. pupillus, & in d. l. quod pupillus agatur, quàm verborum conditio Accurſio repugnet, quò minus eorum locorum autores de infante ſenſerint. *Nam in priore*, inquit Donellus, *agitur de pupillo, qui mutuam pecuniam acceperit; quod infanti non rectè convenit. Nemo enim facilè tam ſtultus reperitur, qui ſoleat ſoli infanti mutuam pecuniam dare. In altero definitio eſt de pupillo, qui quid ſtipulanti promiſerit; hoc verò infanti tribui non poteſt, quem certum eſt natura promittere verbis non poſſe, cùm loqui non poſſit, l. 1. §. fin. D. de obl. & act. Huc accedit quòd utroq; in loco quæſtio eſt, an pupillus ſine tutoris autoritate naturaliter obligetur ex cōtractu. Hæc quæſtio ex ſententia loquentiū ad eas perſonas accommodanda eſt, in quas cadat ejuſmodi dubitatio; alioqui definitio ſit ſupervacua & inepta. proinde referenda ad pupillum, qui fari poteſt, & qui pubertati ſit proximus*, & quæ ibi ſequuntur latius. Eguinario etiam Baroni conciliationem iſtam non placuiſſe apparet ex eo, quod ad l. naturaliter 13. §. fin. D. de cond. indeb. alia diſtinctione eam rem explicat, nō deſumta ex perſona pupilli, ſed ex natura obligationis, qua fiat, ut alia ſit merè naturalis, de qua intelligendæ ſint leges illæ, quæ pupillū naturaliter obligari aſſerunt, alia ita naturalis, ut ſit juriſgentiū, qua pupillus non obligetur. Sed ne in obligatione quidem naturali ejuſmodi diſtinctionē Juriſ-

Digitized by Google

conſulti fecerunt in prędictis legibus,&aliâs in d. l. cum amplius, §.fi. expreſsè Paulus confundit obligationem naturalem & juriſgentium, unamque pro alia accipit. *Is natura debet*, inquiens,*quem jure gentium dare oportet*,ubi rectè Petr.Faber: *Valeant*,inquit, *qui ſeparandam ab obligatione juriſgentium naturalem,ſine ullo juris argumento vel autorũ teſtimonio exiſtimant, atq; auditoribus tradunt*, quod plenius perſequitur in l.jure naturæ 206. D.de reg. jur. Vim autem Baro hac ſua expoſitione textibus facit. Cùm enim JCtus ait pupillum non obligari naturaliter, item pupillum natura non debere, Baro exponit, natura illum debere, ſed nõ jure gentium; quod non eſt interpretari, ſed negare id quod JCtus affirmavit. Quod ſi hoc etiam dixerimus, jus naturale idem eſſe cum jure gentium,& viciſſim,ſecundum §.venditę,& §.ſingulorum, Inſt.de rer.diviſ. & infinitos alios juris noſtri locos, verum dixerimus, quod cujuſmodi ſit dicendi locus eſt alius. Bologninus in rubr.D.ſi cert.petat.n.23. ſolum mutui contractum excipiendum putat, quo pupillus nõ obligetur naturaliter. Sed præterquam quòd cur hic potius excipiatur quàm alii, rationem nullam aſſignat, refragatur ipſi d. l. quòd pupillus, quæ loquitur de ſtipulatione, atq; ex hac etiam pupillum natura non debere ibi dicitur; non igitur ex ſolo mutuo: imò ex mutuo etiam pupillum naturaliter obligari textus ſunt, qui in

caſu-

Digitized by Google

caſu mutui loquuntur, expreſſi in d.l.ſi ejus,& in d. l.cum illud. Sunt qui putent, pupillum, ſi tutorem habeat, eoq; inconſulto cõtrahat, naturaliter non obligari, ſi non habeat, obligari; diſtinctione vana & divinatoria, nec ullius textus verbis comprobata,neq; juris rationi conſentanea, ut obſervavit Coraſ. lib.6.Miſcellan. c.21. Nihilo tamen feliciusſe eodem loco inde expedivit Coraſius, quàm ſuperiores. Eſt quidem illa, quam affert, diſtinctio valde ſubtilis, quam facit inter obligari jure naturali, & obligari naturaliter, illudq; putat eſſe quid amplius,quàm hoc;unde ſi quęratur, an pupillus naturaliter obligetur, reſpondendum ſit, obligari: ſin autem quæretur an obligetur jure naturali,reſpondendũ ſit,non obligari.Sed eſt illud figmentum hominis ingenioſi cauſas & effecta ipſarum non conjungentis. Obligationem naturalem ſuprà dixi eſſe ex jure naturali, ut effectus eſt ex cauſa ſua efficiente, cui non video, quomodo conſequens non ſit, ſi jure naturali quis obligatur, ut non etiam obligetur naturaliter, haud ſecus atq; is qui obligatus eſt civiliter, ita obligatus eſſe non poteſt, niſi obligatio illa ſit à jure civili.Hoc res ipſa docet,& doctrina.conjugatorum apud logicos expoſtulat. Omnis qui naturaliter debet, neceſſe eſt ut debeat ex jure naturali,ex quo niſi hoc ſit,naturaliter deberi ne intelligi quidẽ poteſt. Raphaël Fulgoſius ſolertiſſimus aliâs antinomiarum ju-

ris cõciliator, cùm nõ videret, quid certi de hac re affirmaret, ingenuè profeſſus eſt abſq; manifeſta violentia leges illas inter ſe conciliari non poſſe, in d.l. quod pupillus. Meminiſſe autem debuerat vir eruditiſſimus conſtitutionis Juſtinianéæ præfixę Digeſtis de eorum cõfirmatione, in qua in § contrariũ, Juſtinianus dicit. contrarium aliquod in Digeſtis nõ inveniri, ſi quis ſubtili animo diverſitatis rationes excutiat, ſed eſſe aliquod novum inventũ, vel occultè poſitum, quod diſſonantię querelam diſſolvat, & aliam naturam inducat diſcordię fines effugientem. Non ſunt artis noſtrę pręcepta Geometrica, quæ in tabula depingantur, & ex certitudine ſua, in qua conſtent, confirmentur: ideoq; debet ſtudioſi animus ſæpenumerò acquieſcere in his quæ probabilia ſunt, etſi ex rationibus certis demonſtrari nequeant; quod niſi fiat, multa ſæpè, quæ certa ſunt, in jure ſubvertẽtur. Quam ad rem ingenium requritur non ſophiſticum, ſed candidum, non ambitioſum & rixandi cupidũ, ſed modeſtum, quodq; probabilibus acquieſcat potius, quàm ut contrarietatẽ legibus inducat. Sunt enim leges ſine calumnia diſcendæ & accipiendæ. Hugo Donell. ad d. l. ſi pupillus, n.11. pupillum ſcribit obligari naturaliter, ſi res ſpectetur, non obligari, ſi ipſius perſona. Verba ipſius hæc ſunt: *Obligatur pupillus naturaliter. ſi res ſpectetur, in re enim, obligatio eſt ex ejus conſenſu, quæ ſecundum naturã rei geſtæ,*

non

non minus tenetur ipſe, quàm ejus acceſſiones. Dicitur idem nõ obligari, nec naturaliter, habita perſonæ ejus ratione, quia obligatio in perſona ejus eſt ſine effectu, non propter conditionem obligationis quæ alioqui verè ſubeſt, ſed propter perſonã pupilli, cui hoc tribuitur, ne obligatio ei ullo modo noceat. Quę quidẽ acutiſſimè ita ab ingenioſiſſimo viro ſcripta ſunt, ſed ingenuè fateor, ut maximè verba perſpicuitatem aliquam pręſe ferant, nõ tamen mentem illorum ſatis me aſſequi, aut ut aſſequar, certè neq; hęc pugnę noſtrę conciliatio ſatis ſibi conſtare videbitur. Primùm enim non intelligo, quid ſit obligationem in re eſſe, neq; tamẽ eam eſſe in perſona. Nam obligationem, quæ in perſona non ſit, nullam agnoſco, & aliquoties memini obligationem ad jus perſonarum referri, non ad jus rerum: ſi quæ verò omninò in re etiam ponenda ſit, nunquam iſta ſola fuerit, ſed præſuppoſuerit ſemper obligationem in perſona, in qua illa quaſi ſuſtineatur. Obligationem eſſe in perſona, in confeſſo eſt; obligationem in re eſſe, nego, atq; ut ſit aliqua, nunquam tamen eſt ſine illa. Ita ſi obligatio in re eſt ex contractu pupilli, eſt etiam in perſona; aut ſi hæc non eſt, neq; illa fuerit. Deinde quæſtio eſt nobis de obligatione pupilli, an nimirũ ipſe obligetur, nécne; in re, an obligatio fiat nécne, nulla eſt diſputatio. Et de pupillo reſpõdetur in quibuſdã legibus, quòd obligetur, in aliis quòd nõ obligetur naturaliter. Nullibi verò

vel

Digitized by Google

vel apex ullus eſt diſtinctionis iſtius à Donello allatæ, ut mihi quidem religio ſit iſtam legibus inferre. Verum eſt non diffiteri Donellum in perſona pupilli eſſe obligationem, ſed eſſe eam reſpectu pupilli ſine effectu, at reſpectu aliorũ non eſſe illam ſine effectu, cùm proſit debitori, & noceat fidejuſſoribus ceteriſque acceſſionibus. Sed obligationem eſſe in perſona pupilli, neq; tamen in eadem effectum habere, perinde eſt atq; ſi cauſam, ex qua neceſſariò effectus ſequatur, ponamus ſine effectu. Sanè ſi obligatio eſt, effectum etiam ſuum habet, eumq; talem, qualis eſt ipſa, naturalis nimirum naturalem, & civilis civilem; atq; ſicut cùm ponimus pupillum obligari civiliter, cum autoritate tutoris effectus inde ſequuntur civiles, ita etiam ſi naturaliter ſine autoritate illa, naturales etiam poni neceſſe eſt: atq; ita obligatio ſine effectu eſt nunquam, aut ſi ſine effectu ponatur quamprimùm inde ab initio, ponitur id eſſe, quod non eſt, adeoq; quomodo illa proſit aut noceat aliis, non video. Debitori prodeſſe illam ad liberandum, ſi concedam, dicam id exinde fieri, quòd ad liberandum proniores ſumus quàm ad obligandum, vulg. l. Arianus, D. de obl. & act. ut mirum non ſit actum, qui ad obligandum eſt inutilis, eundem ad liberandum utilem eſſe. Neq; tamen propterea neceſſe eſt, ad hoc ut liberetur debitor, pupillũ obligatum eſſe quomodocunq;. Quid enim obſtat, quò

minus

minus liberatio hoc actu inutili cõtingere poſſit, etiamſi pupillus nec hoc nec illo modo dicatur obligari? præſertim cùm liberatio contingat, nõ quòd alius prius obligetur, eoq́; obligato tùm alter ille liberetur, ſed quòd jus ita voluit liberationem contingere per actum, qui novatio revera eſſet, ſi à perſona indonea factus fuiſſet, novatio autem non eſt, eò quòd factus eſt à pupillo, pro novatione tamen habetur ſuppletione juris, quippe quòd ſuppleat id quod pupillo deeſt, non quidem ad ipſum obligandum, ſed ad liberandum debitorem, per text. in §. præterea, Inſt. quib. mod. oblig. tollat. Atq; hoc quidem extra controverſiam eſt; illud verò ex hoc conſtare poteſt, quòd ſi à jure suppleretur defectus pupilli quod ad ipſum obligandum, non jam naturaliter duntaxat, ſed civiliter etiam obligaretur. Omnis nanq; obligationis ratio ex jure repetenda & æſtimanda eſt. Imputet verò ſibi creditor, qui ſciebat, aut ſaltem ſcire debebat conditionem pupilli, cur ejuſmodi actum cum pupillo celebraverit, per quem & pupillus non obligaretur, & debitor prior omninò liberaretur, haud ſecus atque ſi novatio jure facta fuiſſet. Eadem eſt ratio fidejuſſorum acceptorũ. Non enim illis nocet obligatio pupilli, quę ſit, ſed ſua ipſorũ. Nam prodeſſe illis non debet fraus ſua, dum fidejuſſiſſe, in ſpeciem tamen magis id facere voluiſſe videntur. Cùm enim intercederent pro pupillo;

abſque dubio creditoris mens atque animus is fuit, ut cùm à pupillo debitũ exigere nequeat, exigat à fidejuſſoribus, præſertim cùm jure veteri in arbitrio eſſet creditoris, utrùm debitorem principalem, an fidejuſſorẽ primùm conveniret. Et verò eadem fuit mens atq; animus fidejuſſorum, aut certè ſi non fuit, eum tamen eſſe verbis ſuis, quibus ſtatur, expreſſerunt, ut fide ſua juberent à pupillo mutuò acceptum. Jam dolo facerent fidejuſſores, qui ſi convenirentur, defenderẽt ſe ex perſona pupilli, vel ex eo, quòd pupillorũ obligatio nulla fuiſſet. Imputent enim ſibi cur fidejuſſerint; nec eſt, quod hoc caſu creditor ſibi imputet, quòd cum pupillo contraxerit, cujus conditionem ſciebat, aut certè ſcire debuerat. Nam niſi fidem ſuam fidejuſſores interpoſuiſſent, ipſe crediturus nõ fuiſſet, ut ita creditor non pupilli, à quo ſciebat ſe debiti exigendi jus non habere, ſed fidejuſſorum magis fidem ſecutus eſſe intelligendus ſit. Quæ res facit, ut in pari quodammodo ſtatu creditoris & fidejuſſorum, creditoris conditio habeatur melior; ne creditor ex bona fide damnum ſentiat, fidejuſſores autem dolum ſive deceptionem ſuam impunè ferant. Martinus unus ex antiquis juris noſtri gloſſatorib. Alciat. in l. pacta quæ contra, n. 25. C. de pact. convent. Govean. in l. 1. §. id quod, D. ad leg. Falc. Franc. Duarenus ſub tit. de oblig. & act. c. 2. & ad d. l. ſi pupillus, ibidemq; Cujacius, quos ſequitur Jul.

Pacius

Pacius cent. 4. ἐναντ. quæſt. 10. ſcribunt pupillum regulariter ſine autoritate tutorũ non obligari naturaliter. Rationem afferunt ætatem lubricam,& rei benè gerendę conſilii inopem, ob quam ſemper prǫſumitur,ſicut nõ ſeipſum, ita multò minus bona & negocia ſua tueri & adminiſtrare poſſe. Hoc ita regulariter verum eſſe apparet ex inſcriptione d. l. pupillus, quæ deſumta ex Licinii Juriſconſ. lib.8. regularum; & verò idem ſuadet ratio juris. Quæſtio omnis de obligatione eſt;obligatio autem jus eſt perſonæ, & jus eſt perſonæ non tantùm ſi jus civile reſpicias,verùm etiam ſi jus naturale: & rurſus utroque illo jure æquum eſt, ut qui ſeipſos per ætatẽ defendere nequeunt, defendãtur ab aliis: quibus conſequens eſt,ut neutro jure illa pars defenſionis ſive tuitionis, quæ eſt in obligando, ſine autoritate tutoris expediri poſſit, aut ſi illa non adhibeatur, neutro jure quidquam actum eſſe cenſeatur,atque adeò obligatio pupilli ſine autoritate tutoris nec civili nec naturali jure ſubſiſtat. Quod ſi ita eſt, ſequitur, ut pupillum ſine tutoris autoritate ne naturaliter quidem obligari dicendum ſit, ſecundum d.l.pupillus, & d.l.quod pupillus,in qua utraq; proponitur regula. In ceteris igitur legibus, quæ id affirmare videntur, neceſſe eſt poni exceptionem à regula iſta. Hæc autem exceptio eſt, ut pupillus ſine tutoris ſui autoritate ita demum obligetur naturaliter, ſi ex contractu,

quem

quem iniit, ipſe factus ſit locupletior, cujus exceptionis mentio fit in l. pupillus 5. D. de autorit. tutor. l. 3. D. commod. l. 3. §. 1. l. ſi pupilli 6. D. de neg. geſt. Locupletior autem tum demum factus eſſe intelligitur, cum ex eo cõtractu plus habet quàm alioqui habiturus fuiſſet. Cur hic caſus exceptus ſit, rationem aſſignat elegantiſſimã Pomp. in l. nam hoc natura, 14. D. de cond. indeb. quòd natura æquum ſit neminem cum alterius jactura locupletari. Ut verò hoc natura æquum eſt, ita jus naturalem illam æquitatem approbavit, ne quis læderetur. Hinc ſi jactura utriuſq;, de quo quæritur, verſetur, ſequi ſolemus id quod eſt minimum, vulg. l. ſemper in obſcuris, D. de reg. jur. Exempli cauſa: Sempronius pupillo mutuos dedit centum aureos: ſi Sempronius eos repetere non poſſit, erit utiq; in damno; & viciſſim ſi pupillus imprudenter eos conſumſerit, vel aleæ commiſerit, & ad reſtitutioné urgeretur, æquè erit in damno, quoniam cõſumtione iſta rem ſuam reddidiſſet deteriorem, & quod eſſet reſtituturus, id de bonis ipſius decederet. Itaq; uterq; & Sempronius & pupillus certat de damno evitãdo, in quo utriuſq; concurſu cauſa pupilli eſt favorabilior, & jam ante ſciebat, aut certè ſcire debebat Sempronius conditionem pupilli, ut quodammodo fraudulenter feciſſe videatur Sempronius mutuam dando pecuniam illi, cui ſine autoritate tutoris dandam illam nõ eſſe intelligebat.

Quòd

Quòd ſi verò pupillus ex mutuatione iſta locupletior factus fuerit,atq; ita per eam reddiderit cõditionem ſuam meliorem, jam favemus potius Sempronio damnum evitanti, quàm pupillo lucrum captanti, l.non debet 41. in fin.D. de reg.jur. Abfuturum enim eſt Sempronio, quod plus aderit pupillo, ſicut priori caſu utrique abfuturum eſt. Hoc autem caſu ſicut natura iniquum eſt pupillum cum alterius damno locupletari, ita natura eadem æquum eſt, ut quod pupillo plus adeſt, id creditori reſtituatur; quę æquitas obligationem inducit,ſed naturalẽ,ut ipſa naturalis eſt; quæ per ſe ad actionem aliquam de jure civili producendam efficax non eſt. Hæc obligatio cùm ſemper fuerit naturalis, facta eſt poſtea Conſtitutione D.Pii etiam civilis. Quod enim ante conſtitutionem D. Pii in ſola naturalis æquitate erat poſitum, id conſtitutione iſta, quæ pars eſt juris civilis, approbatum & confirmatum eſt, ut obligatio hæc poſt conſtitutionem illam in terminis naturalis obligationis non ſubſtiterit, ſed civilis facta fuerit. Neq; tamen propterea ſequitur, ineptum eſſe reſponſum, cùm quæritur an pupillus obligetur naturaliter, & reſpondetur nõ obligari, niſi factus ſit locupletior, quia ante conſtitutionem D.Pii exceptio illa regulę quadrabat quàm optimè, poſt illam ita; ut dicamus tantùm abeſſe ut non obligetur naturaliter, ut etiam obligetur,quod plus eſt,civiliter.

Digitized by Google

Non etiam probo illorum ſententiam, qui exiſtimant D. Pium non effeciſſe, ut obligatio hęc eſſet civilis. Ut enim diſertis verbis civilem illam appellandam eſſe non expreſſerit, eſt tamen id ipſum conſtitutioni cōſequens, utpote quæ juris civilis pars eſt, nec ullū alium prærerquam civilem effectum & nomen habere poteſt. Appellatur quidem illa etiamnum naturalis in l. 3. in princ. D. commod. ſed vicioſa eſt illatio, naturalem dici, eſſe igitur naturalem tantùm, nō etiam civilem. Incluſio enim unius non eſt excluſio alterius, ſi utrunq; inter ſe ſit, ut vulgò loquuntur, compatibile. Nam ita nec obligationes, quæ ſunt ex contractibus juris gentium, civiles fuerint, ſiquidem interdum illæ etiam dicuntur eſſe juris gentiúm ſive naturales. Cùm igitur ante D. Pium ex obligatione iſta nulla daretur actio, D. Pius fecit, ut actio etiam ex illa daretur, quæ appellatur actiò utilis, l. 3. §. pupillus, D. de neg. geſt. ut mihi veriſſima eſſe videatur emendatio, l. cum illud 25. §. hęres, D. quan. dies leg. ced. qua particula NEC, quæ circumſcripta reperitur in pandectis Florentinis, tollatur, quam poſt alios obſervavit Cujac. lib. 17. obſerv. cap. 4. & noviſſimè Jul. Pacius d. quæſt. 10. cent. 4. Convenitur autem pupillus in tantum, quantò factus eſt locupletior; quod ſupradictæ juris hujus rationi eſt conſequens, tametſi contrarium affirmari videatur in l. Stichum 95. §. aditio, D. de ſolut. in qua creditor,

ditor, qui ſine autoritate tutoris pupillo credidit, & poſtea hæres pupilli extitit, ſolidum retinet, quod alioqui non niſi quantò factus eſt locupletior, retinere deberet ex his quæ paulò antè dicta ſunt. Sed animadvertẽdum eſt multa retineri poſſe, quæ acquiri nequeunt; atq; ita facilius in propoſita ſpecie creditor retinet, id quod jam habet, quàm ut conſequatur, quod non habet. Quod ſi creditor hæreditatem non adiiſſet, non plus, quàm quo pupillus ex mutui datione factus erat locupletior, actione conſecuturus fuiſſet; cùm autem hæreditatem adiiſſe præſupponatur, atq; ita ſolidum teneat, cur non etiam ſolidum retineat? Atq; hoc ex ipſis Papiniani verbis in illa lege ſatis manifeſtum eſt, eò quòd verba CONSEQUENDI & RETINENDI inter ſeſe opponit. Qua de re plura dici poſſent, ſed ſtudioſè nunc illa aliò rejicio. Haud levior eſt de his qui propriè & in ſpecie in jure noſtro Minores dicuntur, diſceptatio: An ſine curatoribus obligari poſſint. Diſceptationem illam fecit l. puberes 101. D. de verb. oblig. & l. ſi curatorem, C. de in integ. reſt. minor. Illa enim indiſtinctè puberes ex ſtipulatu obligari ſine curatoribus ſuis affirmat; ſed hæc diſtinguere videtur, ut ſi curatorẽ habentes contrahant, contractus ipſo jure nullus ſit; ſi non habeant, ipſo quidem jure valeat, ſed reſcindatur per reſtitutionem in integrũ: in qua tamẽ diſtinctione & illud viciũ eſſe videtur, ut

quod affirmavit Modeſtinus, idem negetur ab Imperatoribus. Ait enim Modeſtinus minores obligari ſine curatoribus; Imperatores dicunt contractum ſervari non oportere, niſi fortè d. l. puberes, interpretari quis malit, de puberibus curatorem non habentibus, quomodo interpretantur Doctores antiqui, & quidam ex recentioribus, qui ſcribunt d. l. puberes, accipiendam eſſe de puberibus, qui cum curatores habere poſſent & deberent, & verò habere etiam ſolerent, non tamen habent. Hac enim interpretatione admiſſa videtur caſus d. l. puberes, idem eſſe cum caſu d. l. ſi curatorem, in poſtremo ejus membro, atq; adeò omnis antinomia ſublata eſſe. Cujacius è contrario puberes obligari indiſtinctè, ſive habeant, ſive non habeant curatores, affirmat. Atq; de eo quidem pubere, qui curatores non habeat, controverſia non eſt, quin contrahendo obligari poſſit: at de eo, qui habeat curatores, omnis eſt diſceptatio. Communiori Dd. ſententia non obligatur; Cujacii ſententia obligatur, modò obligatio non ſit cum rei alienatione conjuncta, ut declarat ipſe lib. 19. obſerv. c. 33. & ſub nomine Anton. Mercatoris lib. 1. notat. ad animadverſ. Roberti c. 12. Sunt tamen inter illos, qui minorem puberem naturaliter ſaltem obligari exiſtiment, de qua obligatione intelligenda ſit d. l. puberes, ſed omninò non civiliter. Sed obſtat ipſis illa ipſa l. puberes, in qua puberes di-

cuntur

cuntur poſſe ex ſtipulatu obligari, quæ juris eſt non naturalis, ſed civilis, quod pluribus oſtendit Joh. Rob. lib. 1. animadver. c. 12. atq; eoſdem etiam improbat Accurſ. in d. l. puberes, hoc argumento, quòd ſi naturaliter obligarentur, non etiam civiliter, non opus haberent reſtitutione in integrum. Cujacio obſtat d. l. ſi curatorem, quam tamen etſi ipſe accipiendam eſſe putet de venditione cui conjuncta ſit traditio, atq; ita alienatio, eſt tamẽ ſubauditio illa nimis divinatoria, atq; jam pridem à Donello & Roberto confutata eſt rectè. Neq; tamẽ propterea à Cujacii ſententia in diſceptationis hujus deciſione recedo. Ita enim omninò ſtatuendũ eſſe exiſtimo, ut puberes minores ex quocunq; contractu ſive curatores habeant, ſive non habeant, obligari dicantur. Hoc probatur per expreſſum tex. d. l. puberes, quę loquitur quidem de ſtipulatione, ita tamen ut intelligenda ſit de contractibus etiam aliis, quod in jure noſtro rarum non eſt, ut contractus notentur appellatione ſtipulationis, eò quòd ſtipulatio per ſe ſola non ſit, ſed contractibus aliis, imò conventionibus quibuſvis conjungatur, ut quàm latè ſeſe in jure diffundunt conventiones, tam latè diffundatur doctrina illa quæ eſt de ſtipulationibus. Quòd ſi ex ſtipulatione minores obligantur ſine curatoribus ſuis, quæ juris eſt civilis, multò utiq; magis ex contractibus obligabuntur, qui ſunt juris gentiũ, cùm facilius quis

obligetur contractibus à jure gentiũ originem habentibus, & à jure civili approbatis, quàm à jure civili primùm adinventis. Ex his autem Modeſtinus dicit puberes obligari poſſe ſine curatoribus ſuis, de quo cùm non dubitaretur ſi curatores non haberent, intelligendum eſt Modeſtinũ loqui de puberibus curatores habentibus, ut ita quæſtio, quæ magis videbatur eſſe dubia, deciſa intelligatur. Et niſi de his puberibus lex iſta accipiatur, quid eſt, quod Modeſtinus dicit *curatoribus ſuis?* Quibus enim curatores non ſunt, de his dici nõ poteſt, quòd ſine curatoribus ſuis hoc vel illud agant. Idem verò pręter textum iſtum ſuadet etiam juris ratio. Cura rectè definitur jus curandi ejus, qui negocia ſua tueri non poteſt; quæ tametſi perſonam etiam reſpiciat, res tamen & negocia potiſſimum contingit. Ex quo Interpretes inter ceteras tutelæ & curæ differentias hanc etiam collocarunt, quòd illa perſonæ ſit, hæc rei. At verò obligatio jus eſt non rei, ſed perſonæ. Quemadmodũ igitur pupillus quod ad ſui obligationem pertineat, nihil poteſt facere ſine autoritate tutorum, ita è contrario minor pubes omnia illa, quæ perſonã ſuam concernunt, ſine curatoris conſenſu rectè expediet, quod multis exemplis in d.l. puberes cõfirmavit Cujacius, & poſt illum in notis Gothifredus. Nec video ad hoc quid interſit, curatorémne habeat an nõ. Multum quidem intereſt, ſi de rerum

alie-

alienatione quæſtio incidat, quæ à pubere minore fit, an curatorem habeat nec ne, eò quòd, ſicut dictum eſt, curator principaliter datur in hoc, ut adminiſtret res & negocia minoris: ſed ſi quæratur de obligatione, quæ per ſe conſiderata cum re nihil habet commercii, ſed ad ſolam perſonam pertinet, nihil intereſt. Ex quo unico, ceu certiſſimo juris fundamēto & principio, ut maximè nullus ad eam rem textus eſſet, hæc, quam poſui, defendi poſſet ſententia. Sed valdè adhuc obſtat d. l. curatorem. Dixi jam antè, conciliationem Cujacii mihi nō probari. Quid igitur dicendum? Omnis hæc res ex vera & genuina legis iſtius explicatione mihi dependere videtur, quam ego contra interpretum omnium, quotquot ego quidem viderim, interpretationem puto eſſe hujuſmodi. Attianus minor XXV. annis, cùm haberet curatorem, vendidit Mævio fundum ſuum: is Attianus, cùm ſe læſum animadverteret, conſuluit Imperatores, utrum contractus iſte emtionis-venditionis ſervādus eſſet nécne. Fortaſſe enim Attiano moleſtia fiebat, aut lis movebatur à Mævio ex contractu iſto, ut fundum venditum traderet, atq; ita emtionem venditionem jam ante perfectam in ſeipſa, traditione etiam conſummaret. Reſpondent Imperatores, nō, quòd contractus nullus ſit, ſed quòd ſervari non debeat; quo ipſo innuunt contractum valere, ſed efficaciæ illius non eſſe, ut ex eo poſſit exigi.

 Ineptè

Ineptè enim diceretur contractum illũ ſervandum non eſſe, qui ipſo jure eſſet nullus; cùm non entis nullæ ſint qualitates, atq; ſervari vel nõ ſervari dicatur de eo, quòd ipſo jure valeat, non quòd nullum ſit. Hęc prior legis illius pars eſt: ſed nondum conſtabit, quid agendum eſſet Attiano, ut contractus ille non ſervaretur. Nemo enim eſt, qui non intelligat duplicem eſſe quæſtionem: An contractus ſervandus ſit néc-ne, & ſi ſervandus non ſit, quomodo id fieri debeat, qua quæſtione poſteriore opus non eſt, ſi contractus præſupponatur ipſo jure nullus eſſe. Subjiciunt igitur Imperatores, cùm reſpondiſſent, contractum initum validum quidem, ſed non ſervandum eſſe, atq; idem illud etiam definiunt, ut ſi Attianus ejuſmodi contractum ſine curatore cõſtitutus, id eſt, cùm curatorem haberet, ſed illum nõ adhibuiſſet, feciſſet, non ſit ſervandus, ſed impugnari poſſit per reſtitutionem in integrum. Non ſunt oppoſita, *curatorem habere*, &, *ſine curatore conſtitutum eſſe*, quoniam curatorem quis habere poteſt, ut tamen idem ſine curatore conſtitutus aliquid agat. In hac explicatione nihil eſt, quod cum juris principiis non conveniat quàm optimè, nihil quod juris rationi nõ ſit conſentaneum, nihil quod vel menti vel verbis Imperatorum repugnet. Duo ſunt, quę ſi è medio removeamus, non video, quid obſtare poſſit amplius: Unum eſt particula adverſativa VERO, quæ disjungendi na-

di na-

di naturâ habet, ea quæ inter ſeſe diverſa ſunt, ut Imperatores duos diverſos caſus, quorũ alter incipiat à verbis, *ſi verò ſine curatore conſtitutus, &c.* in d.l.ſi curatorem propoſuiſſe videri poſſint. Sed reſpondendum eſt particulã illam, VERÒ, ſicut particulam AUTEM, quæ cum illa in ſignificatione eſt omninò eadem, Juriſconſultis non ſemper eſſe adverſativã, ſed id ipſum quod ante dictum ſit quandoq; confirmare, ut docet Petr. Faber ad l.56.D.de reg. jur. Ita enim AUTEM accipitur pro ENIM, in l. intra quatuor 10.§.fin.D.de diverſ.tempor. præſcript. & pro IGITUR in l.legatis 65.§.pecoribus, D. de legat. 3: in quarum ſignificationum alterutra ſi accipiatur in d.l.ſi curatorem, particula VERÒ, res eſt expedita, ut vel ratio poſterioribus illis verbis reddatur cur ſervandus non ſit, nimirum quia reſtitutio in integrum minori competat, vel ex prioribus inferatur, cùm dictum ſit contractum, qui ipſo jure ſubſiſtat, ſervandum non eſſe, in integrum reſtitutionem, quę tum datur cùm contractus ſubſiſtit, nec ullo alio modo impugnari poteſt, implorandam eſſe. Nec ineptè quis dixerit, eſſe in particula iſta VERÒ quęſtionis poſterioris deciſionis notam aliquam. Prior quæſtio erat, an contractus ille à minori pubere factus, valeret? Et reſpondetur, quòd contractus iſte ſervari nõ debeat. Eam quęſtionem poſterior penè excipit, an ipſo jure contractus ille non ſit ſervandus, an reſtitutione in

integrum? Et reſpondent Imperatores, reſtitutione in integrũ. Ita ſit, ut legis iſtius caſus unus ſit, non duo, ſed caſus illius unius quęſtio ſit duplex. Et quis credat Imperatores reſpondiſſe de caſibus duobus, cùm ſine dubio nõ conſulerentur niſi de uno? Attianus enim curatores habuit vel non habuit. Si non habuit, jam extra controverſiam erat ipſum obligari, neque erat dubiũ, quin læſo ſuccurreretur reſtitutione in integrum, ceteris quæ ad reſtitutionem minorum pertinerent, concurrentibus, atque adeò fuiſſet ſupervacaneum Imperatores conſulere de eo quod juris erat indubitati; aut ſi omninò conſulti de eo fuiſſent, ut aliâs, ita hîc etiam, id juris eſſe certi, vel indubitati, vel explorati reſpondiſſent, cujuſmodi tamen in hac lege nihil eſt omninò. Conſuluit igitur Attianus Imperatores in eo duntaxat caſu, quo habebat curatores, ad quem caſum ipſi reſpondent, & non ad alium, & quidem ita ut reſcribant contractum illum ſervandum nõ eſſe; ſed quomodo? nempe per reſtitutionem in integrum. Ipſo igitur jure contractus valebat, quia reſtitutio in integrum contractus validitatem ſemper præſupponit, ita ut cùm contractus nullus eſt, ne reſtitutio quidem in integrum locũ habere poſſit. Atq; hoc idẽ eſt, quod in effectu dicit Modeſtinus in d. l. puberes. Dicit enim puberes ſine curatoribus obligari: ſed an ita, ut ex obligatione efficaciter conveniri poſſint, ut non tantùm

tùm adverſus ipſos agi, ſed etiam quod petitur actione exigi poſſit? Hoc Modeſtinus non determinat, ſed ſufficit ipſi dicere, *obligari*. Fortè idem determinaverat Modeſtinus, ſed à Compilatoribus omiſſum fuit, de quo conſtare nobis poſſet certius, ſicut & de infinitis aliis juris noſtri locis, ſi elegantiſſimi illi Juriſconſultorum commentarii, ex quibus Digeſta congeſta ſunt, ad nos perveniſſent. Quod igitur Modeſtino deeſt, id ſupplendum eſt ex conſtitutione Imperatorum, qui & ipſi non quidem verbis expreſſis, in effectu tamen affirmant, puberes ſine curatoribus ſuis obligari, ſed prætereà dicunt obligationem ſeu cõtractum ſervandum non eſſe, ſi reſtitutio in integrum petatur; ſin autem illa non petatur, ex obligatione iſta non agi tantùm, ſed exigi etiam poteſt. Sive igitur adverſus minorem agatur, ſive ipſe ſe ab obligatione illa liberatum ultrò cupiat, oppidò illi in jure eſt proſpectum. Si enim adverſus ipſum agatur, exceptio, qua in integrum reſtituatur, ipſi accommodabitur, quæ exceptio, ut & aliæ exceptiones, olim dicebatur præſcriptio; quod hoc loco diligenter notari velim, ſiquidem id, quod dico, confirmatur ex inſcriptione d. l. puberes, quæ eſt deſumta ex Modeſtini libro, quem ſcripſit de præſcriptionibus, quas olim nihil fuiſſe aliud niſi exceptiones, argumento eſt rubrica, D. de exceptio. & præſcript. Sin autem minor ipſe ſe ab obli-

obligatione liberatũ cupiat, nullum aliud ipſi ad hoc, præterquam reſtitutionis in integrum affulget remedium. Neq; rarum hoc eſt in jure noſtro, ut quis obligatus ſit ex cõtractu aliquo, ſed nõ cum effectu, ſi nimirum opponatur exceptio legitima, qua omiſſa, obligatio ſit efficax. Cautè igitur Modeſtinus, quòd dixit puberes obligari, ſed nõ dixit, ex obligatione iſta adverſus ipſos dari actionem, ut ea exceptione reſtitutionis in integrũ elidi nequeat. Dicit Modeſtinus puberes obligari; id Imperatores non negant: dicunt Imperatores, obligationẽ non eſſe ſervandam, ſi imploretur reſtitutio in integrum; id Modeſtinus non diffitetur. Conveniũt igitur inter ſe belliſſimè, & ſtat adhuc immotum illud, quod ab initio dictum eſt, minores puberes ſive curatores habeant, ſive nõ habeant, obligari ex contractibus ſuis ſine curatorum conſenſu. In alienatione rerum dictum jam antè eſt, aliud eſſe, cùm curatorum interſit res minorum ſine ſuo conſenſu non alienari, de quarum adminiſtratione rationes ipſi reddere cogantur. Verùm ut alia eſt obligatio ab alienatione, ita aliud eſt quærere, an minores obligari poſſint ex contractibus ſuis, & aliud, an res ſuas alienare poſſint ſine curatoribus. Et quamvis in pleriſq; cõtractibus hoc agatur, ut res alienetur, ſunt tamen omnia in hujuſmodi ſubtilitatibus inveſtigandis diligẽter cauſis ſuis diſtinguẽda, ut ita ſemper meminerimus, alios

eſſe

eſſe modos acquirendi dominii, qui ad alienationem pertinent,alios acquirendæ obligationis,qui contractus reſpiciunt,atq; in diſquirendis cauſis intra terminos manendum,neq; illos inter ſeſe confundendos eſſe. Alterum quod obſtare videtur ſententiæ huic, eſt comparatio illa,quę fit inter puberem,& eum,cui bonis interdictum eſt.Dixi enim contractum à minore ſine curatore celebratum ipſo jure ſubſiſtere, at conſtat prodigi contractum ſine curatore, quem habet, initum ipſo jure non valere, l. is cui bonis 6. D.de verb.oblig. Aut igitur comparatio illa vicioſa eſt, aut de minore ſine curatoribus contrahente idem dicendum eſt,quod de prodigo, ut contractus initus nullus ſit. Fateor hanc rem diu me in ſuſpenſo tenuiſſe, ſed juris ratio pervicit tandem, ut à ſententia non diſcederem,& de qualiquali aliqua interpretatione,qua iſta inter ſeſe componerentur,cogitarem, quam tamen non tam amplector mordicus,ut,ſicut in aliis,ita hìc etiam,rectius monentem ſequi nolim.Eſt autem illa hujuſmodi: Quærebatur de contractu ab Attiano ſine curatoribus ſuis inito,utrum ſervandus eſſet néc-ne? Reſpondent Imperatores,ſervandum non eſſe. Ipſoné jure ſervandus ſit nec ne, in priori legis parte non decidunt, ſed in poſteriori demum. Cur autem ſervandus non ſit, rationem afferunt quòd minor curatorem habens abſimilis non ſit ei, cui bonis interdictum eſt: aut potius

potius id quod reſponderant contractum ſervandum non eſſe, declarant exemplo ejus cui bonis interdictum eſt. Contractus ab eo cui bonis interdictum eſt, ſine curatore initus ſervandus non eſt: Minor curatorem habens non eſt abſimilis ei, cui bonis interdictum eſt; cui conſequens eſt, ut contractus à minore curatorem habente initus ſine ipſius cõſenſu ſervandus non ſit. Sed conſequens huic non eſt, ut eo modo contractus minoris ſervandus non ſit, quo modo non ſervatur contractus ejus, cui bonis interdictũ eſt: & comparatio illa nihilominus in eo quod neutrius contractus ſervandus ſit, conſiſtit, etſi non extendatur ad modum non ſervandi. Et attendendum eſt comparationem adhiberi non poſteriori quæſtioni, quæ eſt de modo contractum non ſervandi, ſed ſubſtantiæ, ut ita loquar, ipſi. Jam verò non eſt abſurdum, ut in ſubſtantia duo inter ſe conveniant, quæ in modo à ſe invicẽ multum differant. Ita convenit minori, & ei cui bonis eſt interdictum in hoc, ut contractus nõ ſervetur, & Imperatores huic rei comparationem illam addiderunt, quæ eſt veriſſima: non convenit in hoc, ſi quæratur quomodo non ſit ſervandus; quæ etiam cauſa fuit, ut Imperatores comparationem illam in poſteriori legis parte non repetierint, imò ne debuerint quidem. Hiſce accedit, quòd Imperatores non dicunt de contractu quòd nullus ſit, ſed quòd non ſit ſervandus.

dus. Contractum autem nullum eſſe, & contractum non eſſe ſervandum, non ſunt eadem, ſiquidem contractus aliquis ipſo jure validus eſſe poſſit, qui tamen propterea ſervandus non ſit, cujus paſſim in legibus noſtris extant exempla.

Conciliatur l. ſi Titio 22. D. de pign. cum l. rem alienam, 41. D. de pign. actione. CAP. XVII.

SI res aliena data ſit pignori à debitore creditori, pignus non valet, nimirum ad hoc, ut ejus nomine detur actio hypothecaria. Eſt enim actio illa realis, quæ rem perſequitur, quiſquis tandem poſſideat: at cujus res non eſt, ejuſmodi jus, cujus vi rei perſecutio inſtituatur, conſtituere alteri non poteſt. Veruntamen quod actioné pignoratitiam attinet, quæ perſonalis eſt, nihil video, cur ejus reſpectu obligatio ſubſiſtere nequeat. Eſt enim obligatio illa perſonæ, non rei, atq; perſonalis ex illa datur actio, quæ perſonam ſequitur, non hypothecaria, quæ rei eſt perſecutoria. Etſi verò quantum ad actioné hypothecariam attinet, illa pignoris in re aliena conſtitutio omninò inutilis eſſe videatur, diſtinguendum tamen eſt inter creditorem, qui rem alienam ſciens ſibi hypothecari paſſus eſt, & inter creditorem, qui rem alienam eſſe ignorabat. Si enim ignoraverit creditor alienam eſſe, cenſent actionem ipſi dari hypothecariam, nō quidem adverſus dominum, ſed adverſus quemvis poſſeſſorem alium, ſive debi-

debitor ipſe poſſideat, ſive creditor poſterior, ſive quivis alius, ut probavit Cujac. tract. VIII. ad African. fol. (mihi) 197. lit. C. & ad id textus ſunt expreſſi in l. tutor 16. §. contrariam, l. cum debitore 32. D. de pign. act. Multò verò magis creditori ignoranti, ſi poſſideat, dabitur exceptio retentionis per regulam vulgatam, qua dicimus, quòd ei cui damus actionem, multò magis demus exceptionē. Quibus hanc exceptionem addendā eſſe puto, niſi poſſideat rem creditor aliquis, cui eadem res hypothecata erat à domino vero. Sed & ſcienti creditori retentio dabitur, non etiam actio, quoniam in cauſa pari poſſidentis conditio eſt melior, l. 1. D. de pignorib. & valdè improbè fecerit debitor, ſi ex mendacio ſuo ſe juvari velit, ut dicto loco plenius expoſuit Cujacius. Idem multò magis dicendum eſt, ſi debitor rei antea alienę in hypothecam datæ, poſtea factus ſit dominus. Tùm enim pignus, quod antè non valuit, convaleſcere dicitur, non quidem jure ſtricto, ſed ex æquitate, l. 5. C. ſi res alien. pign. data ſit, l. item 6. §. ſed etſi filiusf. D. ad Macedon. l. filiam 16. D. ad Trebellian. l. qui balneum 9. §. final. D. qui potior in pign. An igitur dabitur retētio? id quod extra controverſiam eſt, ſive creditor rem alienam eſſe ſciverit, ſive ignoraverit. An actio etiam? ſanè nec ſcienti nec ignoranti ſtricto jure dabitur, quandoquidem eſt regula juris, qua dicitur, quòd id quod ab initio vicioſum eſt, tra-

Digitized by Google

ctu temporis convaleſcere non poſſit; atq; adeò omnis hîc deficit actio directa, ſeu, ut Impp. in d.l.5. loquuntur, ordinaria. Veruntamē cùm iniquum ſit creditorem decipi à debitore, qui nunc rei in pignus datæ factus eſt dominus, accommodatur creditori ex æquitate utilis perſecutio exemplo pignoratitię, id eſt, utilis actio hypothecaria exemplo hypothecariæ directæ, l. rem alienam, 41. in prin. D. de pign. act. perſecutio enim ad actiones magis reales pertinet, quàm ad perſonales, præſertim cùm in d.l.5. affirmetur actionem eſſe ſuper pignore, id eſt, re quæ eſt hypothecata, cùm ea, quæ pignoratitia eſt, ſit ſuper perſona. Verùm cùm d.l.5. indiſtinctè loquatur, quęritur, an actio illa utilis perinde detur creditori ſcienti alienam, atque datur ignoranti. Niſi enim ſcienti etiā detur, non apparet, quidnam amplius ex convaleſcentia iſta ſequatur, atq; tùm cùm nondum convaluiſſet. Nam cùm nondum convaluiſſet, dictum eſt utriq; fuiſſe datam retentionem, ignoranti verò etiam actionem. Quòd ſi igitur ſcienti etiā ex convaleſcentia actio non datur, nihil amplius ex convaleſcentia iſta eſt, quàm erat antè, cùm nondum convaluiſſet. Eſt verò illud certū, pignus quod antè non valuit, ex æquitate convaluiſſe, quoniam qui dominus non erat, dominus factus eſt, resq; in caſum eū devenit à quo incipere potuit, nec æquum eſt ut debitor ex mendacio ſuo lucrum ferat. Atq; hoc quidem

ita nonnulli ſtatuunt, ut nimirum dominio debitori quæſito pignus ita convaleſcat, ut creditori etiam ei, qui tempore cõtractus hypothecarii rem debitoris nõ eſſe ſciebat, actio hypothecaria detur utilis, eamq; ſententiam confirmant reſponſo Papiniani, quod eſt l.1. in pr.D. de pign.in quo verba illa, *difficilius dabitur*, interpretantur, non quòd Papinianus actionem dari neget, ſed quòd detur utrique & ſcienti & ignoranti, ſed facilius huic, illi difficilius; pluribusq; approbavit Fr.Balduin.in tr.de pignor. c.12.& Jo.Rob.2.recept.lect.c.1.ſed ſententiam contrariam, quòd nimirũ eo caſu ne utilis quidẽ ſcienti detur actio, ſtrenuè propugnat Donell. in tr.de pign. c. 7. quæ etiam ſententia eſt Accurſii, eamq; communius placuiſſe Doctoribus teſtatur Gabr.Mudæus in l.1.verb.difficilius,D.de pign. tametſi Donellus omninò non dari ſenſiſſe videatur, Accurſius autem & ceteri hanc rem ita temperent, ut non quidem detur contra alios,detur tamẽ contra debitorem, eósve qui à debitore cauſam habent.Quam diſtinctionẽ paucis quidem, ſed valdè perſpicuis verbis explicavit Jul. Pacius JC. doctiſſimus, cent.4.ἐναντ.quæſt.52.quæ pro jure amicitiæ illius, quæ inter nos eſt, ipſe facilè patietur, ut huc tranſſcribam.Sic autem ait: *Verbum* DIFFICILIUS *apud Papinianum accipi debet,non pro negatione*, (quomodo Duaren. lib.1. diſp.c. 11.& Donel.d.c.7.accepiſſe videntur)*ſed in pro-*

pria

pria ſignificatione; (& hactenus in verbi iſtius expoſitione ſequitur Balduinum) *ut ſenſus ſit, creditorẽ poſſe retentione uti adverſus quemcunq; agentem*; (de quo convenit inter omnes) *actione autẽ non poſſe uti:* (indiſtinctè quidem ſecundum Donellum, ſed ſecundum Doctores alios cõmuniter ſub ea diſtinctione, quæ nunc à Pacio ſubjicitur) *niſi contra debitorem, aut eum, ad quem debitor poſt dominii acquiſitionẽ rem, poſſeſſionemve tranſtulit. Contra debitorem, quia ſi hac defenſione uti volet, quod non fuerit dominus tunc cùm pignoravit, venit contra factũ ſuum, & doli mali replicatio ipſi obſtabit, l. ſi inter 21. §. 1. D. de pign. arguetur enim de ſuo mendacio, quia rem quaſi ſuam pignoravit, d. l. rem alienã. Item contra eum qui a debitore domino effecto cauſam habet, quia debet autoris ſui jure uti. Cõtra alios autem poſſeſſores hæc dici non poſſunt: proinde agenti creditori rectè objicient, rem nõ fuiſſe in bonis debitoris tempore conventionis: qua allegatione debitor, & qui ab eo cauſam habent, uti nequeunt, ob eam rationem quam expoſui.* Ceterùm in caſu converſo diſceptatio eſt multò, quàm in ſuperiori, acrior. Quod ſi enim debitor aliquis rem alienam creditori pignori obligaverat, atq; is cujus res ea eſt, poſtea hæres exiſtat debitori illi, quæritur an creditori contra dominum pignoratæ rei nunc heredẽ factum pignoris perſecutio concedatur. Quæſtionẽ illam fecerunt duæ inter ſe pugnantes leges, quarum una l. ſi

Titio 22.D.de pign.ex Modeſtino, altera l.rem alienã 41. D. de pign. act.ex Paulo deſumta eſt. In illa enim Modeſtin. affirmat pignus ex poſtfacto directò quidem non convaleſcere, attamen utilem pignoratitiã dari creditori: in hac verò Paulus contrarium prorſus reſpondet, nimirum quòd pignoris perſecutio creditori cõcedenda non ſit. Accurſius pro more in d. l. ſi Titio plures cõciliationes accumulat, quas tamen & ipſe cùm pleraſq; nullas eſſe dicat, videtur in hac acquieſcere, ut Paulus de hypothecaria, Modeſtinus de pignoratitia utili contraria, quæ perſonalis eſt, & datur vel ad intereſſe vel ad æquè bonum pignus, accipiatur: quam communius Doctoribus placuiſſe teſtis eſt Gabr. Mudæ.in d.l.1.verb.dominio debitori quęſito, n.16. & placuiſſe non veteribus tantùm, ſed recentioribus etiam, apparet ex his quæ ſcripſit Fr.Connan. lib.4.comm. c.13. Donell.d. c.7.de pignor.non procul à fine, & Fr.Balduin.d.c.12. de pignor. ubi etſi idem Balduinus ingenuè fateatur difficile eſſe tàm contraria reſponſa pugnantiaque inter ſe conciliare, probabiliter tamen dici exiſtimat, ut d. l. ſi à Titio, accipiatur de pignoratitia actione perſonali cõtraria, non actione reali hypothecaria, in id nimirũ ut hæres pignus confirmet, & jam rem ſuam pignori eſſe patiatur, aut ſi id nolit, condemnetur. Verùm hanc interpretationem abſurdam eſſe, & à Juriſconſultorum mente alienam dicit Lud.

Cha-

Charond.lib.1.veroſim. c.20. & jam olim multis rationibus impugnavit Fulgoſ. in d. l. rem alienam, nu.12. & multò plenius in d. l. ſi Titio, paulò poſt principium, quibus partim reſponſum eſſe ab aliis, & inprimis à Saliceto in d. l. ſi Titio, ſed levioribus tantùm ſcribit Mud. in d. l.1.nu.16. ſed addit nu.17. aliis difficilioribus reſponſum non eſſe, nec videre ſe quid facilè reſponderi poſſit. Et revera ita eſt, ut ſive vel verba ipſa ſpectes, ſive mentem legis & rem ipſam, rationibus iſtis reſponderi non poſſe videatur. Quod enim ad verba legis attinet, aſſumunt quidem illi Modeſtinum loqui de actione pignoratitia utili perſonali, ſed verba illa, *pignus directò quidem non convaleſcit*, apertiſſimè demonſtrant, ut Mudæi verbis utar, de hypothecaria locutū eſſe Modeſtinū: quaſi dicat, quòd ſi cùm jam per ſucceſſionē eſt factum, ut idem debitor ſit & dominus rei obligatæ, cēſeri poſſet ob id pignus convaluiſſe, nulla eſſet dubitatio, quin pignoratitia (ſcilicet de pignore convento) id eſt, hypothecaria dari poſſet, utpote ſubſiſtente nunc ſufficiente materia, ex qua detur: at cùm pignus non convaluerit, videri deeſſe materiam actionis pignoratitiæ, id eſt, hypothecariæ, ſed nihilominus utilem actionem dari adverſus hæredem debitoris, eundemque dominum rei obligatæ. Deinde non eſt de nihilo, quod quidam urgent collocationem utriuſq; iſtius legis, quippe quod d. l. ſi Titio, ſi de

Titio 22.D.de pign.ex Modeſtino, altera l.rem alienã 41. D. de pign. act.ex Paulo deſumta eſt. In illa enim Modeſtin. affirmat pignus ex poſtfacto directò quidem non convaleſcere, attamen utilem pignoratitiã dari creditori: in hac verò Paulus contrarium prorſus reſpondet, nimirum quòd pignoris perſecutio creditori cõcedenda non ſit. Accurſius pro more in d. l. ſi Titio plures cõciliationes accumulat, quas tamen & ipſe cùm pleraſq; nullas eſſe dicat, videtur in hac acquieſcere, ut Paulus de hypothecaria, Modeſtinus de pignoratitia utili contraria, quæ perſonalis eſt, & datur vel ad intereſſe vel ad æquè bonum pignus, accipiatur: quam communius Doctoribus placuiſſe teſtis eſt Gabr. Mudæ.in d.l.1.verb.dominio debitori quęſito, n.16. & placuiſſe non veteribus tantùm, ſed recentioribus etiam, apparet ex his quæ ſcripſit Fr.Connan. lib.4.comm. c.13. Donell.d. c.7.de pignor.non procul à fine, & Fr.Balduin.d.c.12. de pignor. ubi etſi idem Balduinus ingenuè fateatur difficile eſſe tàm contraria reſponſa pugnantiáque inter ſe conciliare, probabiliter tamen dici exiſtimat, ut d. l. ſi à Titio, accipiatur de pignoratitia actione perſonali cõtraria, non actione reali hypothecaria, in id nimirũ ut hæres pignus confirmet, & jam rem ſuam pignori eſſe patiatur, aut ſi id nolit, condemnetur. Verùm hanc interpretationem abſurdam eſſe, & à Juriſconſultorum mente alienam dicit Lud.

Cha-

Digitized by Google

Charond.lib.1.veroſim. c.20. & jam olim multis rationibus impugnavit Fulgoſ. in d. l. rem alienam, nu.12. & multò plenius in d. l. ſi Titio, paulò poſt principium, quibus partim reſponſum eſſe ab aliis, & inprimis à Saliceto in d. l. ſi Titio, ſed levioribus tantùm ſcribit Mud. in d. l.1.nu.16. ſed addit nu.17. aliis difficilioribus reſponſum non eſſe, nec videre ſe quid facilè reſponderi poſſit. Et revera ita eſt, ut ſive vel verba ipſa ſpectes, ſive mentem legis & rem ipſam, rationibus iſtis reſponderi non poſſe videatur. Quod enim ad verba legis attinet, aſſumunt quidem illi Modeſtinum loqui de actione pignoratitia utili perſonali, ſed verba illa, *pignus directò quidem non convaleſcit*, apertiſſime demonſtrant, ut Mudæi verbis utar, de hypothecaria locutũ eſſe Modeſtinũ: quaſi dicat, quòd ſi cùm jam per ſucceſſionẽ eſt factum, ut idem debitor ſit & dominus rei obligatæ, cẽſeri poſſet ob id pignus convaluiſſe, nulla eſſet dubitatio, quin pignoratitia (ſcilicet de pignore convento) id eſt, hypothecaria dari poſſet, utpote ſubſiſtente nunc ſufficiente materia, ex qua detur: at cùm pignus non convaluerit, videri deeſſe materiam actionis pignoratitiæ, id eſt, hypothecariæ, ſed nihilominus utilem actionem dari adverſus hæredem debitoris, eundemque dominum rei obligatæ. Deinde non eſt de nihilo, quod quidam urgent collocationem utriuſq; iſtius legis, quippe quod d. l. ſi Titio, ſi de

pignoratitia perſonali accipienda erat, collocanda potius fuerat ſub tit. de pignor. act. quàm ſub tit. de pignor. & viciſſim d. l. rem alienam, ſub illo potius quàm ſub hoc titulo. Sed & juris ratio interpretationẽ iſtam evertit. Ad quid enim actione pignoratitia contraria utili opus eſt, cùm directam eo nomine competere appareat ex d. l. tutor, §. contrariam, & d l. cum debitore? Jus enim ſucceſſoris æſtimatur ex jure anteceſſoris activè & paſſivè. Cùm igitur anteceſſor directa contraria nõ utili contraria conveniri potuerit, quid ni etiam hæres, l. ſi rem alienam, 9. D. de pign. act. aut quænam eſt ratio, ut contrarium judicium, quod in anteceſſorem dabatur directò, in ſucceſſorem nunc detur utiliter? nec video quidquam afferri ab interpretibus, cur cùm utrobiq; mentio fiat actionis pignoratitiæ, ea in d. l. ſi Titio, accipienda ſit de contraria, & in d. l. rem alienam, de hypothecaria. Alciatus cùm hæc intelligeret, neq; tamen rationem ſeſe ex difficultate iſta expediendi videret lib. 7. parerg. c. 14. textũ d. l. rem alienam, immutandum eſſe cenſuit, ita, ut cùm Florentiæ & in vulgatis Codicibus legatur, *nõ eſt idem dicendum, ſi ego Titio, &c.* legendum ſit negatione detracta interrogativè, *num eſt idem dicendum, &c.* quaſi priori loco ſic interrogãdo tentare voluerit, num poſſet dici in ea ſpecie non eſſe concedendam eam actionem creditori; ſed tandem contrà definiat, eam eſſe cõcedendam,

in

in verſ. *ſed ſi conveniſſet de pignore, &c.* propterea quòd ea ratio, quæ ſubjicitur, ſemper ſubſit, quod autor meus de pignore convenerit, cujus mendaciũ redarguens improbè reſiſterem. Sed hæc emendatio, cùm ne unius quidem manuſcripti autoritate confirmetur, tantò minus eſt admittenda, quantò difficilius etiam tum cùm diverſa lectio aliorũ Codicum autoritate probari poteſt, à Florentinis pandectis recedimus: eamq; ob cauſam Alciatus à Joan. Roberto lib. 2. lect. c. 1. reprehenſus eſt. Gabriel Mudæus in d. l. 1. n. 21. ſcripſit tres caſus in d. l. rem alienam, à Paulo JCto eſſe propoſitos, quorum primus decidatur in principio illius legis, cujus ſententia hæc ſit; quod ſi debitori ipſi, qui rem alienam obligavit, dominium rei ſupervenerit, utilem eſſe actionem hypothecariam adverſus quoſcunq; poſſeſſores; alter, in illis verbis, *non eſt idem dicendum*, *&c.* ut ſi dominus rei obligatæ ſucceſſerit debitori, & hoc modo ceperit eſſe debitor, qui tamen non convenit de pignore, neq; conſenſit in pignus rei ſuæ, hoc nõ ſit ſatis, ut utilis pignoratitia, hoc eſt, hypothecaria detur creditori, ſcilicet, adverſus quoſcunque poſſeſſores: tertius in illis verbis, *ſed ſi conveniſſet, &c.* quę tamen ipſe immutanda eſſe exiſtimat, ut legatur ita, *ſed qui conveniſſet de pignore, ne ex ſuo mendacio arguatur, improbè reſiſtit, quò minus utilis actio moveatur*; quorũ ſenſus hic ſit, quòd is qui de pignore cõvenit, cùm

res ipſius non eſſet tempore conventionis, ſi poſtea rei illius poſſeſſor factus ſit, indiſtinctè conveniri poſſit actione hypothecaria, quoniã ſi ipſe conventus reſiſteret, & ſeſe opponeret, ne utilis actio ei moveretur, improbè id faceret, & tam improbè, ut argueretur ob id ex ſuo mendacio, collata negatione, quam nunc faceret actioni reſiſtens, cum ea confeſſione, quam feciſſe viſus eſt, cùm eam rem ut ſuam, creditori obligaret. Ita caſus duo priores ponuntur in poſſeſſore quocunq;, cum quibus d. l. ſi Titio, nihil habet commune, poſterior tertius in debitore ipſo, qui ipſe cõvenit, quem caſum Modeſtinus in d. l. Titio à debitore ipſo produxerit etiam ad ejus hæredem, quod & hic utilem actionem hypothecariam non poſſit effugere, ſi fortè ipſe ſit dominus rei, quam defunctus, cui ſucceſſit, alienam obligavit, quamvis non ſic convaleſcat pignus ut in propriam ſuam naturam veniat, & detur adverſus quoſcunque actio hypothecaria, quo tamen modo convaleſceret, ſi debitor factus eſſet dominus rei, quã obligaverat. Cùm autem animadverteret Mudæus vir eximii judicii & eruditionis reconditæ, emendationem illam fieri præter omnium Codicum fidem, ſubjunxit ibidem in fine nu. 2. quòd eadem hæc ſententia Pauli conſtare ſibi poſſit, etiamſi ne minimũ verbum ex reſponſo illo immutetur, videlicet ita, *ſed ſi conveniſſet*, ſcilicet ille ipſe qui nunc judicio convenitur,

de pignore, id eſt, ſi ipſe rem alienam obligaſſet, utiq; etiam ſi dominus non ſit factus, *improbè reſiſtit quò minus utilis actio moveatur*, & ob id quidem improbè, quòd ſit faciat, ut arguatur ex ſuo mendacio. Hæc Mudæus, & quę ibidem latius ſequuntur; acutè quidem illa, ſed fortaſſe nimis coactè. Si enim attendatur contextus d. l. rem alienam, extra controverſiam eſt, quæri in illa de re aliena pignori data, an eo nomine actio creditori competat, ſi res in eũ caſum deveniat à quo incipere poterat. Devenit autem in caſum illum alterutro horum modorum, vel quòd debitor rei illius ab initio alienæ obligatæ poſtea fiat dominus, vel quòd dominus rei ſuccedat debitori, qui rem illam pignoraverat. Nam de caſu illo, quem Mudæus tertium facit, non erat, meo quidem judicio, JCtis dubium, quò minus adverſus debitorem poſſeſſorem rei alienæ à ſeſe pignoratæ actio hypothecaria moveri poſſet, atq; illa quidem non directa, utpote quæ datur, ſi rei oppignoratæ dominus erat debitor, ſed utilis, nimirum ad ſimilitudinem, ſive exemplum illius comparata. Deinde particula SED arguit caſum illum, qui incipit in verbis, *non eſt idem dicendum*, diſtingui magis, quàm ut in fine caſus ponatur alius, quod conſtare etiam poteſt ex verbis, *ſine mea voluntate*, & quæ illis in fine opponuntur, *ſi conveniſſet*, ut ex poſt dicendis conſtabit apertius. Fran. Duarenus lib. 2. diſput. anniverſ. cap. 4. & qui il-

lum in notis ſuis ſequi videntur, Ruſſardus & Pacius, non multò felicius quàm ſuperiores illi, hanc rem explicarũt. Exiſtimavit enim Duarenus tempore Pauli, vel ut ipſe ſcripſit, Papiniani, ſimpliciter actionem ullam hypothecariam in caſu nobis propoſito datam non fuiſſe, ſed poſtea, nimirum poſt Pauli tempora, temporibus Modeſtini, ex æquitate hoc etiam receptum fuiſſe, ut hoc caſu daretur creditori utilis actio ad exemplum hypothecariæ, quia æquum ſit, quòd defunctus pepigit, hæredem facere ratum; quæ eadem eſt ſententia doctiſſimi Cujacii lib.19.obſ.c.26. dicentis, Pauli tempore differentiam inter utrunq; illum caſum à Paulo in d. l. rem alienam, propoſitum obtinuiſſe; Modeſtini, qui Paulo fuit diuturnior, fuiſſe ſublatam. At verò docuit me Juſtinianus, ſeſe omnia feciſſe ſua, ut non tam quid Paulus aut Modeſtinus ſenſerit ſpectandum ſit, quàm quid Juſtinianus in libros ſuos juris referri voluerit. Dicam enim utranque iſtam legem eſſe Juſtiniani, non Pauli, non Modeſtini: dicam etiam utranque illam ex tempore, non quod fuit ante Juſtinianum, ſed ex tempore, quo vixit Juſtinianus, & quod pòſt inſecutum eſt, æſtimandum eſſe. At videmus Juſtinianum in d. l. rem alienam diſertè pignoris perſecutionem non concedere, concedere in d. l. ſi Titio. Utrum igitur ſequemur? an arguemus hic Compilatorum negligentiam, qui quod erat tempore

Mode-

Modeſtini ſublatum, ex commentáriis Pauli nihilominus in Digeſta retulerint? Huc quidem nonnulli nimis temerè confugere ſolent, cùm aliam conciliandi antinomias rationem, quam afferant, non inveniunt. Sed memini ego Juſtinianum velle ſubtili ratione potius eſſe inveſtigandum, ne quid contrarium in legibus relictum eſſe videatur, quàm ut eò deveniamus, ut eorum laborem, qui in horum capitum explicatione verſantur, non eſſe inutilem ſentiam cum Lud. Charond. 1. veroſim. 20. Et verò ex quo etiam probabunt illi tempore Pauli actionem datam non fuiſſe, quæ poſtea tempore Modeſtini data fuerit. Nam ne unus quidem eſt apex in legibus noſtris, ex quo immutatio illa juris doceri poſſit, ut rectè dixerit Joan. Robertus d. cap. 1. eſſe hæc ab omni parte commentitia. Verùm Robertum difficultatem hanc rectius explicaſſe, ut ipſe ſibi jam dicto loco viſus eſt, affirmare ego non auſim. Placet, quod fatetur utrumq;, & Paulum & Modeſtinum de eadem hypothecaria actione reali locutum eſſe: ſed vereor ut longius repetitum ſit illud, quod ſcribit diſtinguendum eſſe hoc caſu inter creditorem ignorantem & creditorem ſcientem rem alienam ſibi pignori obligari, ut huic quidem actio non detur, illi detur, & detur non directò, ſed obliquè, nimirum ita, quòd creditori adverſus debitorem competat actio perſonalis pignoratitia contraria, quæ

ipſo

ipſo debitore defuncto contra ipſius hæredem locum habeat, in quo concurrant ſimul jura domini, quæ actio cùm adverſus hæredem detur in hoc, ut illam ipſam rem pignori ſupponat, conjungendarum actionum celeritate fiat, ut in locum pignoratitiæ detur utilis hypothecaria. Vereor, inquam, ut hoc longius petitum ſit. Nam eſt quidem diſtinctionis iſtius uſus, ſi quęratur de ipſo debitore poſtea rei alienę domino facto, quam accommodare caſui etiam alteri vix liceat, cùm in neutra lege ullum illius appareat veſtigium. Nec video, quomodo interpretatio illa comprobetur per d. l. 5. C. ſi res alien. pign. data ſit. Loquitur enim illa de caſu, quo debitor rei obligatæ factus eſt dominus, à quo inferre ad caſum, quo dominus rei obligatæ debitori fit hæres, non eſt jura interpretari, ſed confundere, quæ Juriſconſulti, cumprimis autem Paulus tam accuratè in utroq; illo caſu diſtinxerunt, ut ita quod in illo eſt, non ſit ad hunc trahendum, præſertim cùm tam expreſsè Paulus utrumq; illum caſum ita inter ſe opponat, ut quod in caſu priori conceſſit, id diſertè neget in poſteriori. Non diffiteor fieri quandoq; ut duæ actiones una earum ocultata conjungantur, & qui inutiles alioqui forent circuitus rejiciantur: ſed an idẽ in præſenti quæſtione fiat cõtrovertitur, quod Robertus affirmat, ego nego. Similitudine aliarum conjunctionum rem iſtã declarare potuiſſet, ſi prius probaſſet,

baſſet, atq; adeò conſtitiſſet ejuſmodi conjunctionem hoc etiam caſu fieri; ſed cum hoc factum non ſit, mera illa eſt, ut loquuntur, principii petitio. Sanè dicuntur quidem illa valdè probabiliter, ſed nuſquã ullus eſt textus, in quo dicatur, pignoratitiam ita competere, ut tamẽ detur utilis hypothecaria occultata pignoratitia: exiſtimarim autẽ ejuſmodi occultationem nunquam admitti, niſi cum lex diſertè illam admitti voluit. Quod autẽ Robertus idem comprobare conatur ex d. l. 1. D. de pign. eo quod ibi dicitur, *difficilius creditori, qui non ignoravit alienam utilem actionem dari*, vellem animadvertiſſet vir eruditiſſimus, Papinianum loqui eo loco non de domino debitoris hærede facto, ſed de debitore ipſo, cui rei dominium poſtea quæſitum eſt, quos duos caſus, ut antè dixi, Juriſconſulti diſtinxerunt, neq; ſunt illi, quos voluerunt ipſi diſtinguendos eſſe, à nobis confundendi. Cùm igitur nulla ex iſtis interpretationibus omnibus ſit, quæ nõ ſuas patiatur difficultates, quod partim textum corrumpant, partim diſtinctiones alienas illis inferant, partim etiam nimis temerariè divinent, quod dixerim pace excellentiſſimorum illorum, & ob eruditionem ſingularem, atq; egregium acumen, quin etiam operã maximam in Juriſprudentię noſtrę fundamentis eruendis pręſtitam nunquam ſatis laudatorum Juriſconſultorum, quos inſectari mihi animus nunquã fuit, neq;

etiam-

etiamnum eſt. ſed quicquid hujus à me fit & inquiritur, id omne fit & inquiritur unico veri ſtudio & amore; ſi quis quærat, quid ego ſentiã, reſpondebo fateri me, videre me quidem, quid non dicatur rectè, ſed quid rectè dici poſſit, me non ſatis pervidere. Fecero tamen juris ſtudioſis fortaſſe rem non ingratam, ſi meas conjecturas etiam hoc loco in medium afferam, quas ſequentur quidem illi, ſi volent, ita, ut per me ab hiſce diſſentire ipſis etiam liceat. Sic autem ſentio, in d.l. ſi Titio, caſum unum proponi, in d.l. rem alienam, duos. Caſus d.l. ſi Titio, eſt ejuſmodi: Sempronius mutuos dabat Titio aureos centum: in hujus debiti ſecuritatem Titius pignori obligat Sempronio fundum Cornelianum, qui eſt Gaji, Gajo ignorante; moritur Titius, eiq; hæres eſt Gajus, quæritur, an Sempronius contra Gajum hæredem Titii de pignore iſto experiri poſſit. Sanè ſi ex contractu pignoris agatur, quin actio inde detur perſonalis contra Gajum, nullum eſt dubium, quoniam obligationes ex contractibus profectæ tranſeunt in hæredes activè & paſſivè: ſed de eo dubitabatur, utrum daretur actio hypothecaria, quæ realis eſt, contra Gajum, quod non videbatur. Nam ſi creditori ignoranti data ſit res aliena pignori, jam ante dictum eſt, competere creditori actionẽ hypothecariã adverſus poſſeſſorẽ rei quemvis, excepto domino: At Gajus hic eſt dominus & poſſidere præſupponitur.

nitur: cui conſequens eſt, ipſo jure Gajú actione hypothecaria non teneri, quoniam quod ab initio inutile eſt, ex poſtfacto convaleſcere nequit; verùm cùm æquú ſit hæredem præſtare factum defuncti, æquitas illa jus ipſum quod erat directum, facit obliquú, ut quod jure ſummo non valebat nec convaleſcebat, id convaleſcat ex æquitate, actioq́; hypothecaria, quæ directò non competebat, ex jure competat obliquè ex æquitate. In d.l.rem alienã, dixi duos eſſe caſus, unus eſt, ſi debitor qui rem alienam pignori dederat, factus ſit hæres ejus, cujus res erat; de quo caſu conſtat ſatis ex his, quæ ab initio hujus capitis dicta ſunt. Sed cùm de altero caſu, ſi dominus rei factus eſſet hęres debitoris, non conſtaret, eum Paulus decidit, ut dicat non eſſe concedendam pignoris perſecutioné creditori. Quòd ſi hic caſus omninò omnibusq́; ſuis circumſtantiis idem eſt cum caſu d. l. ſi Titio, nulla inter leges tam pugnantes conciliationis ſupereſt ratio: ſi diverſus, quid mirum ſi diverſitas caſus inducat diverſitatem deciſionis? Diverſa autem quæ eſſe poſſint, quæ non ſint contraria. Et certè ita eſt, ut utrobiq; caſus non ſit idem. Nam in d. l. ſi Titio res aliena pignori erat obligata domino prorſus ignorante; at in d. l. rem alienam, pignori erat obligata res aliena domino non ignorante, ſed cùm ſciret ipſe rem ſuam obligatum iri expreſsè reclamante & monente utrunque & creditorem

&

&debitorem, ne res ſua pignori obligaretur. Dicit enim Paulus non ſimpliciter, *ſi ego Titio, qui rem meã obligaverat, hæres extitero*, ſed addit, *ſine mea voluntate*, hoc modo, *ſi ego Titio, qui rem meam obligaverat ſine mea voluntate, hæres extitero*, quæ additio omnem illam caſus diverſitatem inducit, eſtq́; accipienda cum effectu. Idem autem eſſe ignorante domino obligari, & obligari ſine voluntate domini, nõ admitto. Ignorante domino obligari poteſt res aliena, ut dominus propterea dicendus non ſit, nolle obligari, quemadmodum è contrario dici nequit, quòd obligari velit: atq; adeò cùm dubiũ ſit dominus ignoret an conſentiat, præſumtio eſt quod conſentiat nõ ſimpliciter, ſed cum limitatione iſta, ſi poſtea hæres fiat; cui cõſenſus pręſumtioni accedit nunc etiam hoc, quòd hęreditatem obligantis adit, atq; ita tacitũ iſtum conſenſum reſuſcitat novo illo conſenſu poſtea accedente, eoque ſatis ſuperq; iſto facto declarato. Sed ſi oppignoratio fiat ſine voluntate creditoris, mirum non eſt, creditori actionem nõ dari, cùm creditor ea de re eſſet admonitus, dominusq́; voluntatem ſuam, aut potius ſuam, ut ita dicam, noluntatem declaraſſet. Atque ut verba iſta, *ſine voluntate mea*, ita interpreter, faciunt etiam verba hujus legis finalia, *ſed ſi conveniſſet de pignore, &c.* quæ non refero ad caſum primum, quod voluit Duarenus & Robertus; (quoniam ſi de pignore in primo caſu conveniſ-

veniſſet, jam ante definiverat hoc Paulus in principio iſtius legis utilem actionem dari, ut id in fine, & quidem in caſu diverſo repetere neceſſe nõ fuerit) ſed ad hunc caſum noſtrum, ut ſenſus ſit, ſi pignus datum ſit ab alio quàm domino, non tamen ſine voluntate domini, ſed cum ejus voluntate & patientia, cùm ſciret rem ſuam pignori obligari, nec contradiceret, improbè eum reſiſtere, ſi adverſus ſe utilem actionem dari nolit, ut ex mendacio ſuo arguatur, hoc eſt, cùm non poſſit negare ſe ſciviſſe rem ſuam pignori obligari, neq; ſe contradixiſſe, atque adeò mendacii argui poſſit, ſi dicat adverſus ſeſe actionem dandam non eſſe, ut qui rem ſuam pignori obligari neſciverit. Ita fit ut caſus poſterior diſtinguatur, nõ ex creditoris vel domini ſcientia & ignorantia, ſed ex domini, cujus res eſt, voluntate, quæ obligationi adjicitur vel non adjicitur, ut ita teneatur vel non teneatur ex ſuo contractu. Si enim cùm ſciret repugnavit, quis putaverit æquum eſſe actioné adverſus ipſum dandam eſſe, cùm nõ ſufficiat dominum ipſum eſſe, adeoque requiratur aliquid amplius ad hoc ut actio competat, nimirum ut ipſe conſenſerit, aut aliâs oppignorationé fieri paſſus fuerit, nec, cùm poſſet, contradixerit? at ſi idem dominus de pignore convenit, id eſt, oppignorationi cõſenſit vel expreſsè, vel illam, cùm impedire poſſet, fieri patiendo, quis iterum non dixerit actionem adverſus ipſum jure

competere? Proteſtatio enim omnem actum ab illo removet, conventio hunc neceſſitate aſtringit, ut improbè reſiſtat, ſi quod ab initio ipſi placuit, nunc diſpliceat, atq; contra actionem, quaſi ea non teneatur, excipiat. At Modeſtinum loqui de domino non ſciente, ſed ignorante, apparet ex ipſius d.l.ſi Titio contextu, in quo Modeſtinus expreſsè dicit, ME, id eſt, domino rei, qui poſtea hæres fio, IGNORANTE, quo caſu actionem dari etiam mirum non eſt, propter illam conſenſus præſumtionẽ, de qua ſuprà dictum eſt. Ita uterq; quidem & Paulus & Modeſtinus loquitur de domino rei, qui debitori poſtea hæres extitit, ſed ille de eo qui rem ſuam pignori obligari ſcivit, hic de eo qui ignoravit: atq; in hoc non diſtinguitur à Modeſtino, ſed ſimpliciter datur adverſus ipsũ actio utilis pignoratitia, id eſt, hypothecaria; in illo diſtinguitur à Paulo, ut ſiquidem repugnaverit obligationi, non teneatur, etiamſi hęres extiterit; teneatur, ſi de pignore etiam conſenſerit. Hæc conciliatio legum illarum in ſpecie inter ſe pugnantium, cùm ex ipſis textuum verbis apud Paulum his, *ſine voluntate mea*, & mox, *ſed ſi conveniſſet de pignore*, & apud Modeſtinum his, *me ignorante*, deſumta ſit, omnibus iſtis ſuperioribus mihi videtur eſſe veroſimilior, & videbitur, quouſq; de meliori edoctus fuero. Neque enim ullam meliorem antinomiarũ conciliandarum rationem eſſe arbitror, quàm eſt

illa,

illa, quę ex ipſis contextuum verbis deſumitur.

Ad l. 1. §. item Juliano, D. de remiſſion.

CAP. XVIII.

NUnquam mihi placuit, atq; ne nunc quidem placet illa conciliandi ratio, quam interpretes quidam nõnullis legibus in ſpeciem inter ſeſe diſſidentibus accommodant, quaſi hęc vel illa proponantur ἱϛορικῶς tantùm & narrativè à Juriſconſultis, non etiam approbentur. Memini enim Juſtinianum in conſtitutione ſua Digeſtis præfixa velle, omnia iſta quæ in Digeſta relata ſunt, perinde æſtimari atque ſi à ſeſe eſſent profecta, non ex mente autorum, ex quibus illa deſumta ſunt: quod idem facit, ut non tam ſit accuſanda Compilatorum negligentia & imprudentia, qui certè viri fuerunt multi, atq; illi valdè eruditi, quàm inquirenda ſubtilis aliqua ratio, qua lex cum lege concilietur, ne ad antinomias confugere neceſſe ſit, ad quas ſunt quidam plus æquo nimis proclives. Quamobrem probare non poſſum, quod doctiſſimus Cujacius lib. 1. obſerv. c. 16. ait, referri quidem ab Ulpiano in l. unica, §. item Juliano, D. de remiſſion. ſententiam Juliani non etiam probari, eoque minus illam probare poſſum, quòd ſententia Juliani nõ in illo tantùm paragrapho refertur, ſed etiam in peculiarem legem, quæ eſt l. 2. D. de oper. nov. nunciat. relata eſt, ut cùm à Juſtiniano non ſemel tantũ relata, ſed bis etiã repetita ſit, ex eo ſatis intelligatur

Digitized by Google

eandem à Juſtiniano etiam approbatam eſſe. Sunt autem duo, in quibus Julianus à ceteris Juriſconſultis diſſenſiſſe videtur. Unum eſt: An uſufructuarius habeat jus ſervitutũ prædio fructuario debitarum vindicandarum; & alterum: An uſufructuarius opus novum nunciare poſſit? videtur, inquam, ab aliis diſſenſiſſe, ſed quod revera diſſenſerit mihi veroſimile nõ eſt. Quod enim ad prius illud attinet, quis credat Julianum tam fuiſſe juris imperitum, ut ad ipſa juris principia impegerit? At ſi uſufructuario ſimpliciter dediſſet ſervitutũ vindicationem, manifeſtum eſt, quòd per conſequentiã quandam ſervitutis ſervitutem eſſe ſtatuiſſet. Nunquam enim negavit uſumfructum eſſe ſervitutem. Unde ſi uſufructuarius ſervitutes fundo fructuario debitas vindicaret, eſſent illæ ſervitutes uſusfructus, quod manifeſtò falſum eſt. Qui autem negat conſequens, is utiq; & antecedens, cui illud cõſequens eſt, negaverit. Non igitur fuit Julianus in ea ſententia, uſufructuario ſervitutum vindicandarum jus eſſe. Quid igitur eſt, quod Ulpianus in d. §. item Juliano, Julianum ita ſenſiſſe totidem verbis affirmavit, idemq; apparet ex princ. l. 1. D. ſi uſusfr. petat. in qua Marcellus dicitur apud Julianum probare ſententiam Labeonis & Nervæ, quaſi eo ipſo improbaverit ſententiam Juliani, ut cùm ſenſerint illi, uſufructuarium ſervitutes vindicare non poſſe, Julianus contrarium ſenſiſſe videri

poſſit?

Digitized by Google

poſſit? Hoc nimirum, quod puto Julianum ita quidem locutum eſſe generaliter, ceteroſque ſententiam ipſius fortaſſe minus rectè accepiſſe, cùm eam ita ex ipſius Juliani mente interpretari debuiſſent, quod uſufructuarius jus habeat ſevitutum vindicandarum, ὐχ ἁπλῶς ἀλλὰ κατά τι, haud aliter, atq; is qui habet viam, dici poteſt, jus habere vindicandi actus & itineris, non ut ipſum actum & iter vindicet, ſed quòd eo ipſo quod vindicat viam, per conſequentiã etiam & actum & iter vindicet, utpote quę viæ inſunt, eáq; conſequitur, non tamen ut ſervitutes peculiariter cõſtitutas, ſed ut ſervitutis conſtitutæ conſequentia, & vindicat eas actione confeſſoria non in iter & actum, ſed in viam directa. Eodem modo exiſtimaverim Julianum ſenſiſſe, uſufructuariũ vindicare actione confeſſoria ſervitutes fundo fructuario debitas, nõ ut confeſſoria hæc dirigatur in eas ſervitutes, ſed in uſumfructum, quandoquidem qui uſufructuario in ſervitutibus moleſtus eſt, idem moleſtus eſſe intelligitur in uſufructu, quod Julianum ſenſiſſe locuples teſtis eſt idem Ulp. in l. utifrui 5. §. utrum, D. ſi uſusfr. petet. his verbis: *Utrum autem adverſus dominum duntaxat in rem actio uſufructuario competat, an etiam adverſus quemvis poſſeſſorem quæritur: & Julianus libro ſeptimo Digeſtorum ſcribit hanc actionem adverſus quemvis poſſeſſorem ei competere. Nam etſi fundo fructuario ſervitus debeatur, fructua-*

rius non ſervitutem, ſed uſumfructum vindicare debet adverſus vicini fundi dominum: quæ aliorum etiam Juriſconſultorum fuit ſententia, ut apparet ex verbis l.1. in princ. D.ſi uſusfr.petet. *uſumfructum vindicaturũ, ac per hoc* (id eſt per conſequens, & non ſimpliciter, ſed ſecundum quid) *ſi non patiatur eum ire agere teneri ei, quaſi non patiatur uti frui.* Non obſtat quod in d.l.2. & in d.§.item Juliano, ſimpliciter dicitur, quòd uſufructuarius adveſus vicinum agere poſſit, non eſſe ei jus ædifiandi altiùs, quoniam effectum Julianus reſpexit, non cauſam, aut ſi cauſam etiam reſpexit, illam tamen non aliam, niſi quæ cauſæ uſusfructus ſubalternata ſit. Quid enim cauſæ eſt, ut vicino altiùs ædificare nõ liceat? non quòd uſufructuario ſervitus illa conſtituta ſit, ſed quòd habet uſumfructum, qui altiùs tollendo fieret deterior. Atq; hoc Julianũ voluiſſe, colligere mihi videor ex eo, quod poſteaquam dixiſſet, fructuario ſervitutum vindicandarum jus eſſe, proximè ſubjecit, *ſecundum quod*, intellige jus, *opus novũ nunciare poterit vicino*, ut ſenſus ſit, fructuariũ, ſicut vindicat ſervitutes, ita etiam opus novum nunciare quodammodo ſuo nomine, ut dum cõfeſſoria agit ad uſumfructum, & agendo ad uſumfructum etiam ad jus altiùs non tollendi, atq; eo modo ne novum opus fiat, opus novum nunciare intelligatur. Nam cùm ita nunciat, in effectu hoc etiam intendit, non eſſe ei jus ædificandi altiùs.

Idem

Idem colligere mihi videor ex d. l. 1. §. fin. D. de remiſſion. ubi idem Julianus tribuit creditori, quod antea tribuerat uſufructuario, ut nimirũ creditori detur petitio, ut Cujacius legit lib. 1. obſerv. c. 16. ſervitutis, non ut petat ſervitutem actione confeſſoria, quæ aliâs ob ſervitutem comparata eſt, ſed hypothecaria, quæ cùm intentetur ratione juris creditori à debitore in re hypothecata conſtituti, per conſequens etiam in omne id datur, quò minus jus illud ſalvum & incolume ipſi ſit. Ubi hoc etiam notandum referri & de creditore ab Ulpiano Juliani ſententiam, neque eam expreſsè probari, de qua tamen nemo dubitaverit, quin ſit veriſſima, ut eadem ratione, quæ de fructuario ex Juliano relata ſunt, etſi expreſsè approbata non ſint, propterea tamen pro improbatis habenda non ſint. Cujacio enim in d. cap. 16. affirmanti in creditore quidem hoc obtinuiſſe, in fructuario autem Juliani ſententiam exploſam eſſe nullatenus aſſentior. Quod ad poſterius caput attinet, nemo ex omnibus Juriſconſultis fuit, qui negaverit, uſufructuarium novum opus nunciare poſſe: ſed hoc negabant omnes, quòd id poſſet nomine ſuo; affirmabant, quòd poſſet nomine procuratorio. Hinc diſtinguitur inter dominum novum opus facientem, & vicinum non dominum novum opus facientem. Adverſus vicinum uſufructuarius duo habet remedia ex ſententia Juriſconſultorum,

nimirum vel petitionem uſusfructus, vel operis novi nunciationem, atq; hanc nomine domini, non ſuo: adverſus dominum non habet operis novi nunciationem, nec ſuo nec alieno nomine, ſed habet petitionem uſusfructus. Videamus an Julianus ab hac certiſſima Juriſconſultorum ſententia receſſerit. Sanè ſi conferatur l.1. §.fi. & l.2. D.de oper.novi nunciat.& l.1. D. de remiſſ. apparebit Julianum ab ea nequaquam receſſiſſe. Nam quod Julianus ſenſerit à fructuario poſſe opus novum nunciari vicino expreſsè affirmatur in d. §. item Juliano: quod etiam petitionem habeat uſusfructus, etſi expreſſum non ſit, nunquam tamen negaſſet Julianus; quòd domino nunciari nequeat, idem conſtat ex d.§.item Juliano,& d.l.2.Cur autem uſufructuarius ſuo nomine novum opus nunciandi jus non habeat, ratio hæc ex Ulpiano in d.l.1.§.jus habet,afferri poteſt: Dicit ibi Ulpianus: Jus habet nunciandi,qui aut dominium aut ſervitutem habet; cùm autem nunciatio fiat contemplatione & rei illius in cujus damnum opus novum fit, & rei quæ ædificatur, ſervitutem aliam ibi accipere non poſſumus, quàm quæ realis ſive prædialis vulgò dicitur, non etjam perſonalis: at verò quin uſusfructus ſit ſervitus perſonalis, extra omnem eſt controverſiam. Et de ſervitute reali Ulpianum accipiendum apparet ex d. §.item Juliano, nimirum ex ipſa particula ITEM, quæ adjungit caſum in

neutro

neutro membro antedicto comprehenſum. Cùm autem uſusfructus ſit ſervitus, & in d. §. jus habet, Ulpianus ſervitutis mentionem fecerit, manifeſtum eſt in d. §. jus habet, ſervitutem accipiendam eſſe de reali, maximè quòd aliâs etiam ſervitutis appellatio ſimpliciter prolata, ut plurimum capiatur de ſervitute reali, quod annotavit etiam Cujacius in parat. utpote per quam fiat, ut ipſa duntaxat, non etiam re utamur, in perſonali verò reipſa. Atq; hæc cauſa eſt, cur tractatus de ſervitutibus perſonalibus libro ſeptimo Digeſtorum concluſus, doctrinam de ſervitutibus, quæ libro octavo proponitur, antecedat. Hinc Juriſconſultus reſpõdit, omne hoc quod ad novi operis nunciationem attinet, ex perſona nunciantis æſtimandum non eſſe, l. non ſolùm 8. §. morte, D. de oper. nov. nunciat. quoniam morte nunciantis, item alienatione extinguitur non quidem jus nunciationis, ſed nunciantis perſonale, quod ipſum etiam docetur in l. fin. D. eod. Quæ autem ad d. l. unicam, §. item Juliano, de remiſſione utili & inutili magna contentione diſputantur à Cujacio d. obſerv. 16. & lib. 9. cap. 18. & lib. 16. cap. 31. & ſub nomine Anton. Mercatoris lib. 2. not. ad animadverſ. Roberti, cap. 31. & Johanne Robert. lib. 2. recept. lect. cap. 12. & lib. 2. animadverſ. cap. 31. & lib. 2. notat. ad notas Anton. Mercat. cap. 31. & Immanuele Soar. lib. 1. obſervat. cap. 20. & à Franciſc. Hotoman.

Digitized by Google

lib. 1. amicab. reſp. cap. 16. expedientur à nobis, ſi Deus & ocium & vitam dederit, lib. 2. controverſ. quæ ſunt inter Cujacium & Hotomannum, in quo hac de re dicendi locus nobis erit proprius.

Diſtinguendum eſſe inter res & inter jura in rebus conſtituta. CAP. XIX.

NON animadverſa ab interpretibus diſtinctio facienda inter res & inter jura in rebus conſtituta, multas nobis in juris diſciplina difficultates peperit, quæ illa cuſtodita nullo negocio tolli potuerant. Rerum verò appellatione latiſſima, etſi jura etiam contineantur, §. incorporales, Inſtit. de reb. corp. & incorp. ſunt tamen illa ejuſmodi, ut non niſi rei alicui, potiſſimum verò corporali, ſive mobilis illa ſit ſive immobilis, inhæreant, ut res hæ videantur eſſe quaſi ſubjecta, à quibus jura, ut adjuncta ſuſtineantur, aut ſaltem ſuſtineri intelligantur, inter quæ cùm mutua ſit relatio, non rarò accidit, ut res ipſa pro jure capiatur nominata re ipſa, cùm jus potius nominari debuerit, quod fit metonymicè. Hoc in compluribus juris partibus eſt manifeſtiſſimum. Aliud eſt hypotheca, aliud res, quæ hypothecæ data eſt. Res eſſe quidem poſſit, etiamſi jus hypothecæ in ea cõſtitutum non ſit, ſed ut res dicatur hypothecata, hoc jus, quod hypotheca appellatur, in re conſtituatur neceſſe eſt, quo ſublato res quidem ipſa ſalva & incolumis manere poſſit, ſed

non

non amplius res à jure illo denominata. Ita aliud res eſt, aliud dos, hoc eſt, jus in re marito conſtitutum ad ſuſtinenda onera matrimonii; tolle jus, dotem quidem ſuſtuleris, interim re manente ſalva, cui hoc abſcedit, quod non amplius, ut antè, cùm jus illud etiamnum duraret, dicitur res dotalis. Sic aliud eſt res immobilis vel ei æquipollens, aliud feudum, hoc eſt, uſusfructus ille in re immobili ſub fidei conditione conſtitutus, tolle feudum, jus quidem ſuſtuleris à re, ſed propterea rem ipſam non confeceris, quæ cùm ante feudalis eſſet, & à jure illo diceretur, jure iſto abſcedente, feudalis eſſe deſinat. Ex quo fit, ut cùm aliquid dicitur eſſe fundus ſive prędium, id ſubſtantiam denotet ipſam, quæ à natura eſt vel artificio; quod dicitur feudale, dotale, hypothecatum, id demum ſit ex jure; & ſicut citra prædii vel fundi corruptionem, abeſſe ab eo poteſt feudum, dos, hypotheca; ita neceſſe eſt, ut hæc jura ſint præter rei ſubſtantiam accedentia. Quod ſi igitur res cum juribus confundantur, obſcuras inde diſputationes ſequi neceſſe eſt, quæ diſtinctis illis futuræ erant quàm liquidiſſimæ. Mirantur multi, quid ſit, quòd creditor, cùm dominus non ſit rei hypothecatæ, ejus tamen diſtrahendæ, ſi fors ita tulerit, facultatem habeat, quod illis παράδοξον videtur. Ego verò multò magis miror, non attendere illos hoc jus rem diſtrahendi creditori vel hypothecæ conſtitutæ jure

con-

conceſſum eſſe. Rei hypothecatæ eſt dominus debitor; hypothecæ, hoc eſt, juris in re conſtituti dominus eſt creditor: at dominus rem ſuã lege permittente diſtrahẽdi habet poteſtatem. Et creditor igitur, jus illud ſuum quod habet, & ſpecialiter etiam rem, ſine qua transferri illud non poteſt. Ita rei in dotem datæ domina eſt mulier, ſed dotis ipſius, hoc eſt, juris dominus eſt maritus, l. 23. l. licet 27. l. in reb. C. de jure dot. qua diſtinctione poſita, quæ eſt veriſſima, per ſe patet illa plurimis paginis diſputata, & verborũ involucris obſcurata quæſtio, utrum dotis dominus ſit maritus, an verò mulier. Sic dominus rei in feudum datę eſt ſenior, non vaſallus; ſed feudi ipſius, hoc eſt, juris dominus eſt vaſallus, non ſenior. Hujus diſtinctionis ignoratio aut negligentia introduxit poſterioribus temporibus illam dominii directi & utilis diſtinctionem, veteribus & ſincerioribus Juriſconſultis aliâs incognitam. Verùm hoc quod dixi, rem dotalem eſſe à dote aliam, & quòd hujus quidẽ dominus ſit maritus, illius verò mulier, videtur repugnare ei, quod Juſtinianus in l. in rebus, C. de jure dot. conſtituit, ut mulier ſoluto matrimonio poſſit agere rei vindicatione vel actione hypothecaria. Qui enim rei vindicatione agit, is quidẽ agit in rem propriam, ſed qui hypothecaria, is non agit in rem propriam, ſed in eam, in qua ipſi jus duntaxat aliquod conſtitutum eſt. Neque enim poſſum rei

eſſe

Digitized by Google

eſſe dominus, eandemq; habere jure hypothecæ. Aut igitur non datur utraq; actio mulieri, aut non eſt mulier omnium rerum, quas in dotem dedit, domina, quod paulò antè affirmaſſe viſus ſum. Sed ſciendum eſt, res quæ in dotem dantur, non eſſe omnes uniuſmodi, cùm quædam dotales revera ſint, quædam revera dotales non ſint. Verè dotales ſunt, quæ ſimpliciter dantur in dotem, non æſtimatò: non verè dotales ſunt æſtimatò datæ. Res ſive incorporales ſint ſive corporales, & ſive mobiles ſive immobiles, dantur in dotem vel æſtimatæ vel inæſtimatæ, vel partim æſtimatæ, partim inæſtimatæ. Quæ æſtimatę dantur, habentur pro venditis, quia æſtimatio precium eſt, ubi autem precium eſt, ibi eſt venditio, l.12.D.de jure dot.l.5. C.eod. atq; ita actio eſſe poteſt ex emto, l.cum dotem, C.eod. Quare cùm res traduntur æſtimatò, earum rerum dominiũ traditione marito acquiritur, ideoq; mariti periculo pereunt, l.51.D.ſolut.matrim. l plerunque 16. D. de jure dot. Qua ratione æſtimatio ſuccedit in locum rei, atq; eſt in dote, non res ipſa. De his rebus Imperator loquitur in actione hypothecaria. Etſi enim res hæ propriè fuerint mariti, tamen ſi etiamnum extent, tacitè ex ipſa lege mulieri ſunt oppignoratæ, l.21.C.de jur.dot. Oppignorari enim poterant, cùm jus ipſarum tranſierit. Cæterùm in rebus non æſtimatis uxor naturaliter manet domina, maritus dominus non

eſt,

eſt, quoniam rei ejuſdem duo in ſolidum domini eſſe nequeunt. Soluto itaq; matrimonio uxor in re ſua vindicanda eſt potior. Ita uxor vindicat res non æſtimatas, hypothecaria agit de æſtimatis, quæ vera mens eſt Juſtiniani.

De perceptione fructuum, quæ fit à malæ vel à bonæ fidei poſſeſſore. Cap. XX.

INter acceſſionis ſpecies eſt etiam fructuum perceptio, qua is qui bona fide rem ex juſto titulo à non domino accepit, fructus qui ex re illa proveniunt, percipit, eorundemq; fit dominus. Quod ſi is qui rei eſt dominus ex titulo ad dominium transferendum habili, rem in alium transferat, is qui rem accipit, rei iſtius fit dominus, atq; hic fructus ex re illa provenientes, jure ſuo, hoc eſt, jure domini percipit, l. 2. & l. 6. D. de acquir. rer. dom. ſive ex ſuo ſive alieno ſemine fructus naſcantur, l. qui ſcit, 25. D. de uſur. atq; de hoc caſu nullum eſt dubium. Si verò is qui rem transfert, ejus dominus non eſt, dominium, quod non habet, in alium transferre nequit, l. nemo 54. D. de reg. jur. Cùm igitur neq; is qui dedit, neq; is qui accepit, rei tranſlatæ ſit dominus, videntur fructus rei indiſtinctè neutrius eſſe, ſed ejus potius, qui rei eſt dominus, ex regula in acceſſionibus vulgata, quòd adjunctum cedat ſubjecto, id eſt, quòd is, qui rei eſt dominus, ſit etiam dominus ejus, quod rei iſtius occaſione provenit. Verùm hoc non eſt

Digitized by Google

eſt ita ſimpliciter affirmandum, ut omnes uno ore fatentur interpretes, ſed diſtinguendum. Hæc autem diſtinctio petitur partim ex fructibus ipſis de quorũ perceptione quæritur, partim ex perſona accipiẽtis, ita ut inquiratur, bonáne fide an mala, is qui rem accepit, acceperit. Etſi verò interdum fructus appellationẽ latius accipiamus pro omni commodo utilitateque rei, ut cùm à Juriſconſultis dicuntur in actionẽ confeſſoriam venire fructus, ut in l. etſi fortè 6. §. veniunt, D. ſi ſervit. vindic. & in l. videamus 19. in fine, D. de uſur. fructus tamen hîc intelligimus quicquid utilitatis vel ex ipſo rei corpore vel occaſione ejus provenit, l. item ſi 9. l. arbores 59. D. de uſufr. l. in frumenti 42. D. de uſufr. leg. Qui occaſione rei proveniunt, dicuntur civiles; qui ex ipſo rei corpore, naturales. Illius generis ſunt uſuræ, penſiones, mercedes, vecturæ jumentorum, aliæque obventiones, quæ cùm non natura proveniant, neque ſint ex ipſo corpore, ſed percipiantur jure & ex obligatione, ſive conventione partium, l. ſi navis 62. D. de rei vindic. l. uſura 121. D. de verb. ſignif. fructus propriè non ſunt, nec in fructu eſſe putantur, ut eſt in d. l. uſura, ſed fructuum vicem obtinent, l. uſuræ 34. D. de uſur. l. quod his verbis 83. D. de legat. 3. l. mercedes 39. D. de hæred. petit. & ab illis diſtinguuntur, ut in l. cum de modo 11. D. de donat. Naturales fructus iterum ſunt duplices, nimirum naturales in ſpecie

&

& Induſtriales. Naturales ſunt qui ex corpore rei ſine ullo facto hominis à ſola natura proveniunt, ut pomum, l. fructus 45. D. de uſur. etſi fortè factum aliquod hominis ab initio interveniſſet circa implantationem, quod poſtea omninò ceſſat. Induſtriales ſunt, quos natura quidem etiam ex corpore rei producit, ſed accedente labore & induſtria hominis, ut ſunt ſegetes & fruges, d.l.fructus, qui propterea ab illis diſtinguuntur, quod in his induſtria magis quàm natura ſpectetur, in illis natura magis quàm induſtria, d. l. qui ſcit, §.in alieno. Porrò ſunt fructus illi naturales in genere, vel in rerum natura, vel non ſunt. Qui in rerum natura ſunt rurſus dividuntur in pendentes vel ſtantes & perceptos. Pendentes definiuntur qui terra adhuc continentur, quiq; terræ aut ſolo adhuc cohærent, l. fructus 44. D. de rei vindicat. l. arboribus 12. §. Julianus, l. ſi pendentes 27. D. de uſufr. l. fin. §. non ſolùm, D. quæ in fraud. credit. Iidem etiam ſtantes appellantur, l. 7. §. interdum, D. ſolut. matrim. l. ſi apes 26. §. fin. D. de furt. ſed quoniam definitio illa fructuum pendentium ſive ſtantium aliquantò eſt anguſtior, utpote quæ pertineat tantùm ad fructus, qui ex terræ corpore proveniunt, cùm res quàmplures ſint aliæ ex quibus non minus quàm ex terra fructus naſcuntur, puta animalia, malim definitionem poni aliquantò amplius, ut fructus pendentes, ſive ſtantes ſint, qui adhuc corpori

cohæ-

Digitized by Google

cohærent, ſive qui re adhuc continentur. Cur enim non æquè pendere vel ſtare dici debeant fructus in corpore quovis alio, quàm in ſolo ſive terra? Percepti ſunt, qui terra teneri deſierunt, vel potius, qui à corpore, ex quo provenerunt, ſeparati ſunt, neque dum amplius eo continentur, l. ſi ejus 78. D. de rei vind. l.13.D. quib. mod. uſusfruct. Fructus qui in rerum natura non ſunt, hi vel extiterunt aliquando, vel ſunt futuri. Qui extiterunt, dicuntur conſumti, quibus opponuntur extantes, l. 3. C.de condict. ex lege, l. certum, C. de rei vindic. l. ſi pignore 22. §. ſi prædo, el.2.D.de pignor.act.ſive percepti hi ſint ſive non percepti: futuri autem ſunt, qui nondum extiterunt, extituri tamen ſperantur, cujuſmodi ſunt fruges annorum inſequentium, l. quod in rerum 24. D.de legat.1. l.interdum 73. D. de verb. oblig. Atque hi fructus omnes in ea cauſa ſunt, ut cùm percepti nondum ſunt, percipi tamen poſſint, qui ex eo dicuntur fructus percipiendi, & definiuntur fructus, quos tam petitor quàm poſſeſſor percipere potuiſſet, l. Senatus 62. D. de rei vindic. In perſona rem accipiẽtis dixi eſſe diſtinguendum, bonáne an mala fide rem à non domino quis acceperit. Bona autem fide accepiſſe is intelligitur, qui rem alienam eſſe ignoravit, & illius, à quo accepit, eſſe putavit, aut ſaltẽ ipſum jus diſtrahendi habuiſſe, l. bonæ fidei 109. D. de verb. ſignif. l. quæcunq; 13. in fin. D. de publ. in

rem action. E contrario mala fide ille, qui ſcivit rem non eſſe ejus à quo accepit. Ille bonæ fidei, hic malæ fidei poſſeſſor dicitur. Et hic quidem in ea cauſa eſt, ut bonæ fidei poſſeſſor ex iſto titulo nunquam fieri poſſit; ille verò ita bonæ fidei poſſeſſor eſt, ut poſtea malæ fidei poſſeſſor fieri poſſit. Quod ſi nunc quæratur: Utrum is qui rem alienam poſſidet, fructus ex re provenientes ſuos faciat jure poſſeſſionis, an verò illi ſint domini rei jure dominii? reſpondendum eſt, quòd malæ fidei poſſeſſor fructus omnes, cujuſcunque illi ſint generis perceptos & percipiendos, extantes & conſumtos, induſtriales & naturales, & civiles, ſive locupletior factus ſit, ſive non ſit locupletior factus, ſuos non faciat, ſed eos domino rei reſtituere teneatur, §. etſi hæreditas, Inſt. de offic. jud. l. fructus 33. l. ſi navis 62. D. de rei vindic. l. illud 40. §. prædo, l. ſed etſi 25. §. quod autem, l. ſi poſſeſſor, 57. D. de hæred. petit. l. domum, l. certum, C. de rei vindic. atque hoc indiſtinctè ſive aliquem poſſeſſionis ſuæ titulum habeat, ſive non habeat, l. ait prætor 10. §. per hanc, D. quæ in fraud. credit. d. l. ſi navis, §. fi. & extantes quidem rei vindicatione, conſumtos verò condictione d. l. 3. C. de condict. ex lege. Atq; in hoc conſentiunt omnes, niſi quòd in fructibus percipiendis Accurſius in l. ex diverſo, D. de rei vindicat. diſtinguendum exiſtimat, ut malę fidei poſſeſſor, qui titulum non habet, de percipiendis teneatur;

non

Digitized by Google

non teneatur, qui poſſeſſionis ſuæ habet titulum, quomodo conciliandum eſſe putat d. §. etſi hæreditas, cum l. ſi fundum, C. de rei vind. Nam quòd in d. §. etſi hæreditas, Juſtinianus dicit malæ fidei poſſeſſorem teneri de his quos culpa ſua non perceperit, id Accurſius accipit de eo qui titulum non habet, quod verò in d. l. ſi fundum, Imperatores affirmant malæ fidei poſſeſſorem teneri de fructibus quos mala fide eum percepiſſe probatum fuerit, accipit de eo qui titulũ habet. Sed aſſentior illis, qui ſcribunt indiſtinctè malę fidei poſſeſſorem de fructibus percipiẽdis teneri, ad quod textus ſunt expreſſi in l. fructus 33. D. de rei vindic. & in l. 1. in fine, C. de petit. hæred. & in l. 2. C. de fruct. & lit. expenſ. quod idem confirmatur per d. § etſi hęreditas. Nã quòd Imperatores in d. l. ſi fundũ, de fructibus perceptis loquuntur. non etiã de percipiendis, ei conſequens non eſt, ut percipiendos non etiam reſtituendos exiſtimaverint. Etſi enim argumentum à contrario ſenſu deſumtum in jure non ſit momenti exigui, locum tamen nõ habet, cùm illi expreſſi juris textus aut ratio repugnat; & pręſertim ſi deſumatur illud ex legibus Codicis ſive Imperatorũ Conſtitutionibus, de quibus jam ante monui, quòd factæ ſint, prout caſus circumſtãtiis ſuis definitus Imperatoribus fuit propoſitus: quomodo & hoc caſu de perceptis dũtaxat Imperatores cõſultos fuiſſe arbitror, quòd ex reſpõſo appareat,

Digitized by Google

in ſupplicatione ſive precibus ſuis Sabinum & conſortes ſuos narraſſe, fundum, quo de agitur, ſuum eſſe, & poſſeſſorem malæ fidei fructus ex eo jam percepiſſe, cùm utrunque illud Imperatores à Sabino & conſortibus probandum eſſe reſcripſerint, quod idem abſq; omni dubio ex certo jure de fructibus percipiendis reſpondiſſent, ſi de iis etiam conſulti fuiſſent. Quod autẽ ad bonæ fidei poſſeſſorem attinet, de eo duo ſunt valdè controverſa; unum reſpectu ipſorum fructuum, & alterum, quo tempore is qui bonæ fidei poſſeſſor eſt ab initio, poſtea poſſeſſor malæ fidei fieri incipiat. De fructibus induſtrialibus, hoc eſt, qui cura & facto ipſius provenerunt, video convenire omnibus, bonę fidei poſſeſſorem illos facere ſuos, idque indiſtinctè, ſive titulũ habeat, ſive non habeat, per gl. in l. ex diverſo, D. de rei vindic. quam in hoc benè dicere ibi notat Bartolus. De naturalibus idem ſtatuendum eſſe textus eſt in l. bonę fidei 48. D. de acquir. rer. domin. l. in pecudum 28. l. qui ſcit, 25. §. 1. D. de uſur. ſi modò ſint conſumti, ad hoc nimirum ut abſolutè & plenè bonæ fidei poſſeſſoris fiant, §. ſi quis à non domino, Inſtit. de rer. diviſ. l. 4. §. lana, D. de uſuca. Ita fit, ut fidei poſſeſſor indiſtinctè fructus tam naturales quàm induſtriales ſuos faciat. Quod ipſum etiã confirmatur ratione duplici deſumta ex d. l. qui ſcit, §. 1. etſi enim Julianus caſum ponat in bonæ fidei emtore, ſubdit tamẽ poſt-

Digitized by Google

ea in genere de quovis bonæ fidei poſſeſſore, quod fructus ſuos faciat nō facta ulla inter fructus naturales & induſtriales diſtinctione. Ita enim ait: *Porrò bonæ fidei poſſeſſor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis prædiorum tributum eſt; præterea cùm ad fructuarium pertineant fructus à quolibet ſati, quantò magis hoc in bonæ fidei poſſeſſoribus recipiēdum eſt, qui plus juris in percipiendis fructibus habent?* Ex quibus verbis ita infero: primùm, Quoſcunq; fructus dominus prædii percipere, ſuoſque facere poteſt, eoſdē percipere, ſuoſq; facere poteſt bonæ fidei poſſeſſor. Ratio eſt, quòd bonæ fidei poſſeſſor idem habeat jus, quod tributū eſt dominis prædiorum in fructibus percipiendis, ut Julianus dicit. Aſſumo: At dominus prædii indiſtinctè fructus omnes, & naturales & induſtriales percipere, ſuoſq; facere poteſt; qui effectus eſt dominii unus extra omnem dubitationem poſitus. Sequitur igitur ut bonæ etiam fidei poſſeſſor omnes indiſtinctè & naturales & civiles percipere ſuoſq; facere poſſit. Rurſus: Quod jus habet fructuarius in percipiēdis fructibus, idem & quidem multò fortius habet bonæ fidei poſſeſſor, dicit Julianus. At uſufructuarius omnes omninò fructus & naturales & induſtriales percipere ſuoſq; facere poteſt, l. uſufrui 7. l. item ſi fundi 9. D. de uſufr. atq; illa eſt uſusfructus natura. Nō minus igitur, imò multò magis bonæ fidei poſſeſſor omnes omninò

Digitized by Google

fructus & naturales & induſtriales percipere, ſuosq; facere poteſt. Bonę igitur fidei poſſeſſor fructus percipiendo ex re aliena ſuos facit non tantùm eos qui diligentia & opera ejus pervenerunt, id eſt, induſtriales, ſed omnes, id eſt, naturales etiam, ſed facit illos ſuos *interim*, id eſt, ut ego interpretor, dum bonæ fidei poſſeſſor eſt & manet, quoniā quod ad fructus attinet, loco domini penè eſt, ut dicitur in d.l. bonę fidei. Non enim eſt dominus revera, quoniā rei unde fructus iſti percepti ſunt, ipſe dominus non eſt: adjunctum autem cedit ſubjecto. Quòd ſi malæ fidei poſſeſſor eſſe ceperit, quod fit litis conteſtatione, ut pòſt dicetur, interim fructus ſuos non facit, hoc eſt, ſive extent ſive conſumantur: poſt litem conteſtatam percepti non ſunt malæ fidei poſſeſſoris. Ante litē conteſtatam percepti fiunt ipſius perceptione interim, ſed conſumtione abſolutè: atq; ita interim perceptione ipſius fiunt, ut dum bonę fidei poſſeſſor eſt, ipſi liceat omnes, ſive naturales ſint ſive induſtriales cōſumere, quomodo interpretandum eſt, quod in d.l. in pecudū Gajus dicit: *pleno jure* ſunt bonæ fidei poſſeſſoris, non ut ſit quamprimùm dominus, ſed ut habeat facultatem fructus cōſumendi, haud aliter atq; ſi pleno jure eſſet dominus. In ſuſpenſo ergò hactenus eſt, ut dominus ſit revera, ideoq; lex dicit eum dominum eſſe penè, quod ad fructus attinet, non etiam plenè, quoad rem nec penè nec

nec

plenè. Nam rei nec plenè eſt dominus, nec penè. In ſuſpenſo, inquam, hoc eſt, quoniam cùm ab illo poſſideat, qui rei transferendæ jus non habebat, ab illo qui rei eſt dominus vindicari res poterit, atq; tum ſi fructus adhuc extent, etiam ipſi unâ peti, vel officiũ judicis implorari; qui fructus ſi conſumti eſſent, non reſtituerentur, l. certum, C. de rei vind. l. 4. §. poſt litem, D. fin. regund. Et ut ſummatim dicã, fructus ſtantes ſive pendentes nõ ſunt bonæ fidei poſſeſſoris, ſed domini rei; ſunt enim pars rei: fructus perceptos bonæ fidei poſſeſſor ſuos facit interim vel penè perceptione; abſolutè & plenè cõſumtione, vel uſucapione, atq; adeò extantes cujuſcunq; illi ſint generis reſtituit, cõſumtos cujuſcunq; etiam illi ſint generis non reſtituit: atq; hoc idem ita ſenſit Weſemb. in d. §. ſi quis à non domino, n. 10. & poſt eum Ant. Fab. lib. 1. conject. c. 17. qui etſi primus videatur ſibi differentiam illam ab interpretibus, quod ad hanc rem attinet, inter fructus naturales & induſtriales factam ſuſtuliſſe, meminerunt tamen auditores mei, me antequam vel Vitalem vel Weſembecium, aut ullum alium interpretem, qui idem ſenſiſſet, vidiſſem, ex cathedra in Academia Marpurgenſi in enarratione Inſtitutionum Imperialium ad d. §. ſi quis à non domino, anno Domini M. D. LXXXII. atq; ita annis fermè quatuor ante Antonium Fabrum, idem docuiſſe. Sed interpretes ad unum fermè omnes

Digitized by Google

ſecuti Accurſium in bonæ fidei poſſeſſore diſtinguendum eſſe exiſtimarunt inter fructus naturales & induſtriales, ut hos quidem bonæ fidei poſſeſſor ſuos facit, illos non æquè, moti autoritate Pomponii, qui in l. fructus 45. D. de uſur. ita ait: *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata ſuos facit, illos tamen quos ſuis operis acquiſierit, veluti ſerendo: nam ſi pomum decerpſerit vel ex ſylva cædua, non fit ejus, ſicut nec cujuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris, quia non ex facto ejus is fructus naſcitur.* Sunt qui putent, à ceteris juris autoribus in hac quæſtione diſſenſiſſe Pomponium, eumq; dinſtixiſſe, quod ceteri diſtingui noluerunt: ſed his nihil aliud reſpondendum eſſe exiſtimo, quàm quod reſponſum eſt in ſuperioribus aliquoties, Juſtinianum hęc omnia, quæ in Digeſta referri fecit, feciſſe ſua, ut illa non jam ex JCtorum, ſed ex Juſtiniani autoritate æſtimanda ſint, ideoq; non minus ſententiam Pomponii eſſe ſententiam Juſtiniani, atq; ceterorum JCtorum ſententia eſt ejuſdem Juſtiniani ſententia. Arguere etiam Compilatores negligentiæ, qui in Digeſta antinomias nō referendas retulerint, ſatis tutum non eſt, cùm ſubtili potius aliqua ratione, quę ſibi contraria eſſe videntur, concilianda ſint, quàm contrarietas in legibus admittenda, quod idem voluit Juſtinianus in conſtitutione ſua. Bartolus in d. l. ex diverſo, ſcribit bonæ fidei poſſeſſorem naturales fructus ſuos facere, ſi titulum habeat,

hunc

hunc ſi non habeat, non facere ſuos, ſecutus Jacob. de Arena & Oldradum, atq; poſt hos Jaſon in addit. ad Chriſt. Porcium in d. §. ſi quis à non domino, & in eodem Jo. Faber, eandemq; ſententiam communiter modernos hodie ſequi dicit Panorm. in c. gravis, de reſtit. ſpol. ſed indiſtinctè Gajus in d. l. in pecudum, fœtum, lac, pilum, lanam, agnos, hœdos, vitulos ſtatim pleno jure bonæ fidei poſſeſſoris fieri dicit, quos omnes fructus eſſe naturales in ſpecie definitio fructuum naturalium ſuprà poſita edocuit. Quam ob cauſam rectè ſcripſit Loriotus tract. 4. de apicib. juris axiom. 47. hanc Bartoli conciliationem eſſe divinatoriam. Sed nihilo felicius hanc rem expedivit ibi idem Loriotus, cùm dixit, bonæ fidei poſſeſſorē naturales fructus ſuos non facere, niſi bonæ fidei emtor eſſet: quaſi illa ſit regula, hęc exceptio: atq; exceptionis attulit rationem hanc, quòd bonæ fidei emtor majus privilegium habeat, propterea quòd & contractus & traditionis tempore bonam fidem eum habere oporteat, cùm in aliis ſufficiat contractus tempus habere, l. 2. in pr. D. pro emt. Nam accommodatur quidem illa ratio uſucapionibus à Juriſconſultis: accommodari etiam aliis, & inprimis fructibus, non memini uſpiam me legere; ut ita quod leges non accommodarunt, nos accommodare non debeamus. Deinde in d. l. in pecudum, de quovis bonæ fidei poſſeſſore, quòd fructus naturales

ſuos faciat, Gajus loquitur, quod cum per ſeipſum pateat, eò quòd nullâ facit diſtinctionẽ, tum verò manifeſtũ eſſe poteſt ex eo, quod Gajus ibidem ſubjicit, *& fructuarii*. quæ vox ſubindicat æquiparari quoad hoc bonæ fidei poſſeſſorem & fructuarium, cùm tamen cujuſvis bonę fidei poſſeſſoris, nõ tantùm ejus qui bona fide emit, jus ſit fortius quàm fructuarii, d. l. qui ſcit, §. 1. Etſi verò in pleriſq; legibus, in quibus fructus naturales dicuntur bonæ fidei poſſeſſoris fieri, mentio fiat bonę fidei emtoris, tamẽ exiſtimandũ non eſt, quod de bonę fidei emtore affirmatur, id de aliis bonæ fidei poſſeſſoribus negari, cùm in jure noſtro rarum non ſit, ut exempla ſive ſpecies referantur, non ut regula reſtringatur, aut excludatur ſpecies altera, ſed ut ea declaretur. Prętetea non de bonę tantùm fidei emtore, ſed indiſtinctè de quovis alio, qui ex juſta cauſa bona fide rem accepit, affirmat Juſtinianus in d. §. ſi quis à non domino, naturali ratione placuiſſe fructus quos bonæ fidei poſſeſſor percepit, ejus eſſe pro cultura & cura; ut ita contra expreſſum textum bonæ fidei emtor à ceteris bonæ fidei poſſeſſoribus quod ad hoc diſtingui, &, quod omnibus hiſce tributũ fuit, illi ſoli tribui à Lorioto non debuerit. Atq; hic idem textus facit, quò minus in hujus ἐναντιοφανὓς cõciliatione aſſentiar doctiſſimis viris, tametſi multò rectius quàm Loriotus locutis, Lud. Vitali in lib. 1. lect. c. 19. n. 6. & Julio Pacio

in notis ſuis ad d.l.fructus,& cent.5. ἐναντ.q.45. quibus locis uterque diſtinguit inter eum, qui poſſidet titulo lucrativo,ut ex cauſa donationis aut legati; & eum qui poſſidet titulo oneroſo, ut ex cauſa emtionis aut permutationis, quaſi hic lucretur fructus omnes, ille induſtriales tantùm ratione culturæ & curæ. Nàm in toto illo paragrapho nihil aliud Juſtiniano propoſitum eſt,quàm docere quatenus & quouſq; bonæ & malæ fidei poſſeſſor fructus ſuos faciat; & ſicut indiſtinctè de malæ fidei poſſeſſore, in verſ.*ei verò,qui alienũ*, affirmat, eum cum fundo etiam fructus, licet cõſumti ſint,reſtituere, ita in principio ejuſdem paragraphi de bonę fidei poſſeſſore affirmat indiſtinctè, naturali ratione placuiſſe fructus,quos percepit,ejus eſſe. Non latebat Juſtinianũ diſtinctio inter fructus induſtriales & naturales,quod ſi illa bonę fidei poſſeſſori accõmodanda erat, ita ut illos lucraretur indiſtinctè, hos tùm demum ſi ex oneroſo titulo fundum poſſideret, ſanè præceptoris inſtituentis non boni officio Juſtinianus functus eſt, qui omiſit, quod omitti omninò non debuerat, imò in quo totius illius quæſtionis deciſio poſita erat. Nam ex Vitalis & Pacii ſententia locutus eſt Juſtinianus duntaxat de fructibus induſtrialibus, non etiam naturalibus, quod jampridem etiã placuit Cujacio in utriſq; notis ſuis ad ſupradictum paragraphum,& Hotomano in tract. de uſur. ſub cap. de fructibus.

Quod

Quod ſi verum eſt, ut Juſtinianus de induſtrialibus tantum reſponderit, quòd percepti ſint bonæ fidei poſſeſſoris; ecquid igitur reſpondit de naturalibus? ſi enim in principio iſtius paragraphi de iis nihil eſt reſponſum, nihil omninò reſponſum eſt, quod mihi veroſimile non eſt, nec tam anguſtè accipiendi textus, ut quæ illis commodè includi poſſunt, imò verò etiam à textuum autoribus incluſa ſunt, interpretatione inde excludantur. Non nego in mox ſequente §. in pecudum, naturalium fructuum mentionem fieri, ſed in quo definiantur in ſpecie duo, primum quid ſit in fructu pecudum, & alterum cujus ſit id quod in fructu eſt, proprietariiné an fructuarii? Sed de bonæ fidei poſſeſſore in iſto paragrapho diſertè nihil: quod ſi tamen de illo etiam quæratur, an id quod in fructu pecudum eſt, ejus ſit, ſi percepit, diſertè reſpondet Gajus, vel potius ſub nomine Gaji Juſtinianus in d. l. in pecudum, quòd lac, & pilus & lana, & agni & hœdi & vituli ſtatim pleno jure ſint bonæ fidei poſſeſſoris, & fructuarii. Et verò ſi fructuarii illi ſunt, multò magis erunt bonæ fidei poſſeſſoris, cujus jus fortius eſſe ex d. l. qui ſcit, §. 1. jam antè comprobavimus, ubi Julianus eodẽ argumento utitur, ut ſi quid receptum eſt in fructuario, id multò magis recipiendum ſit in bonæ fidei poſſeſſoribus, quos plus juris habere in percipiendis fructibus, quàm habet fructuarius, ibidem expreſſis verbis

bis aſſerit. Nec mirum, cùm de bonæ fidei poſſeſſore idem Julianus eodem loco dicat, quòd in percipiendis fructibus id juris habeat, quod dominis prædiorum tributum eſt. At verò uſufructuarium jus habere percipiendi fructus quoſvis, tam naturales quàm induſtriales, extra omnem eſt controverſiam. Et bonæ fidei poſſeſſor igitur. Hoc etſi Juſtinianus totidem verbis non expreſſit, tamen affirmando genus, FRUCTUS QUOS PERCEPIT, omnes ejus ſpecies affirmaſſe intelligitur. Hoc niſi ita affirmetur, nihil de naturalibus, ut dixi, Juſtinianus definiiſſe videbitur: aut ſi quid definivit diſertè in fructuario, idem intelligi voluit de bonæ fidei poſſeſſore, jam effectum eſt, affirmari igitur à Juſtiniano, quod Interpretes illi negant. Si excipias, eo ipſo, quod Juſtinianus dixit quemcunq; bonæ fidei poſſeſſorem, ſive oneroſo ſive lucrativo titulo rem acceperit, fructus induſtriales ſuos facere, ſatis intelligi, non quemcunque bonæ fidei poſſeſſorem fructus naturales ſuos facere, reſponſio in promtu eſt æquè incertos lectores dimittere Juſtinianum, atq; eos admiſit. Nam ſupereſt adhuc iſta quæſtio, quis ille bonæ fidei poſſeſſor ſit qui faciat, & quis ſit qui non faciat fructus naturales ſuos. Et certè hæc, cùm ejuſmodi diſtinctionem, ut illi volunt, reciperet, definienda potiùs fuerat à Juſtiniano, quàm illa, ſi omninò unam omittere de illis voluit, præſertim cùm de induſtria-

ſtrialibus fructibus minus, quàm de naturalibus, ob æquitatem illam, quam Pacius d. c. 45. ponderavit, dubium eſſet, quòd iſti bonæ fidei poſſeſſoris fierent. Minus autem dubium, omiſſo eo, quod magis erat dubium, definire voluiſſe Juſtinianum, mihi non eſt veroſimile, nec inſtituto Juſtinianéo admodum conſentaneum. Cui conſequens eſt, ut credendum non ſit à Juſtiniano id omiſſum eſſe, atque adeò d. §. ſi quis à non domino, accipiendum eſſe de quovis bonæ fidei poſſeſſore, & de quibuſvis fructibus indiſtinctè, ſive induſtriales illi ſint, ſive naturales. Neque quò minùs ita ſentiam, movent me verba illa textus, *pro cultura & cura*. Etſi enim non ignorem Cujacium in utriſq; notis ſuis ad illum locum, Ludov. Vital. d. c. 19. num. 7. & nonnullos alios exiſtimare iis verbis ſignificari fructus induſtriales, non naturales, cùm cultura ad agros pertineat, cura ad pecora, plantas & arbores, l. fructus 7. §. non ſolùm, D. ſolut. matrim. & fructus naturales eandem curam atque culturam non requirant, rectius tamen ſenſiſſe mihi videtur Weſembecius d. num. 10. & Antonius Faber d. cap. 17. ut his verbis omnes fructus complexus eſſe Juſtinianus dicendus ſit, tam naturales, quàm induſtriales. Quòd ſi enim penitius ad mentem Juſtiniani attendamus, apparebit ipſum non diſtinguere inter fructus, ſed rationem potius reddere, cur naturali ratione placuerit, ut bonæ ſidei poſ-

ſeſſor

ſeſſor percipiat fructus non induſtriales tantùm, ſed etiam naturales, nimirum quia coluit, quia curavit fundum illum vel rem illam, ex qua fructus illi provenerunt, ut ita cultura & cura non ad fructus, ſed ad rem illam, unde fructus ſunt, referatur. Et profectò ita eſt, ut non fructus, ſed res ipſa coli aut curari dicatur. Hinc eſt quòd Juſtinianus non dicit, fructus quos percepit Ex cultura & cura, ſed Pro cultura & cura. Jam verò & naturales fructus provenire non ſolùm meliores, ſed ſua etiam ſponte, ſi terra excolatur, ſi elaboretur, quis eſt, qui dubitet? Etſi verò haud inficier induſtriales propriè ex cultura provenire, id tamen impedimento non eſt, quò minus naturales etiam ex cultura & cura provenire rectè dici poſſint. Cujacius tract. 7. ad African. in l. quæſitum 40. D. de acqu. rer. dom. in ea quidem etiam eſt ſententia, ut putet, bonæ fidei poſſeſſorem quemvis ſine diſtinctione fructus naturales ſuos non facere ſecundum d. l. fructus: at verò quod in ceteris legibus contrarium dici videtur, id accipiendum eſſe, ut interim, id eſt, quandiu res evicta non fuerit, prout illam vocem *interim* ex d. l. qui ſcit, §. fi. interpretandam exiſtimat, eos etiam ſuos faciat, quoniam aliud ſit fructus abſolutè fieri ſuos, ut in d. l. fructus, aliud fructus fieri ſuos interim, id eſt, eouſque quoad res evicta ſit, niſi fortè fruct⁹ ſint uſucapti, adeò ut ſi res evincatur, & fructus percepti ſint

ſint conſumti, illi etiam in reſtitutionem veniant; atq; hoc illud eſt quod in notis ſuis prioribus ad d. §. ſi quis à nõ domino, ſcripſit Pomponium exitum finemq; judicii inſpexiſſe, ceteros Juriſconſultos antecedentia. Sed turpiter eos, qui ita ſentiunt, errare, diſſimulato Cujacii nomine, ſcribit Ant. Faber d. c. 17. eò quòd nuſquam ſcriptum ſit, fructus naturales conſumtos à bonæ fidei poſſeſſore reſtitui, quod contra Cujacium notavit etiam Vitalis d. c. 19. n. 9. imò non reſtitui niſi extantes, atq; ex quibus bonæ fidei poſſeſſor locupletior factus ſit, l. ſed ſi lege 25. §. conſuluit, D. de hæred. petit. ſi quidem id quo locupletior factus eſt non conſumtum, ſed extare etiamnum putetur, apertè locis ſupradictis ſcriptum eſſe: & verò ſecundum hanc interpretationem nõ aliter de induſtrialibus, quàm de naturalibus judicandum eſſe, ſiquidem Paulus de omnibus loquatur, cùm fructus bonæ fidei poſſeſſoris interim fieri ait. Præterea loquitur Julianus in caſu longè alio, quàm Paulus, ut quod Paulus dixit *interim*, ex Juliano qui dixit, *quandiu evictus fundus nõ fuerit*, interpretari Cujacius non debuerit. In eo quidem conveniunt, quòd uterq; loquitur de bonæ fidei emtore, & uterq; quærit an fructus perceptione is ſuos faciat: ſed Julianum loqui de bonæ fidei emtore, qui cognovit fundum alienum eſſe antequam fructus perciperet, expreſſa textus verba demonſtrant, *& antequam*

fructus

Digitized by Google

fructus perciperet, cognovit fundum alienum eſſe: Paulũ verò loqui de bonę fidei emtore, qui hoc nondũ cognovit, arguit oppoſitio quæ in §. in contrarium, ejuſdem l. bonę fidei, ſubjicitur, in qua dicit Paulus, *in contrariũ quæritur, ſi eo tempore, quo mihi res traditur, putẽ vendentis eſſe, deinde cognovero alienam eſſe, &c.* At interpretari caſum ejusq; deciſionẽ ex caſu oppoſito nõ eſt interpretari leges, ſed confundere, præſertim cùm quęſtio nobis jam ſit de bonę fidei poſſeſſore, qui ejuſmodi adhuc omninò eſt, atq; ſimpliciter: & verò tantò minus hoc admittendũ eſt, quòd de fructibus nõ induſtrialibus, ſed naturalibus nũc omnis ſit diſputatio, Julianus autem agat nõ de naturalibus, ſed induſtrialibus, ut apparet ex initio d. §. fin. *bonæ fidei emtor* SEVIT, & idem omninò jus in iſtis ſtatuat, quod illi ſtatui volunt in naturalibus; cui conſequens nihil aliud ſit, quàm quod jus eſt bonæ fidei poſſeſſoris in percipiendis induſtrialibus, idem ſit in percipiendis naturalibus; quod nos volumus. Acutiſſimi ingenii vir Ant. Govean. lib. 2. lect. var. c. 15. Pomponium accipit de fructibus naturalibus perceptis duntaxat, ut bonæ fidei poſſeſſor ſola perceptione illos ſuos nõ faciat, ceteros JCtos de fructibus naturalibus conſumtis; quem ſequitur diligentiſſimus & doctiſſimus Dion. Gothofr. in notis ad d. l. certũ, in verb. extantes, ſed *repugnant*, inquit Ant. Faber d. c. 17. *d. l. bonæ fidei, & d. l. in pecudũ, quæ de*

a *ſola*

ſola perceptione, nõ etiam de conſumtione loquuntur. Et in d. §. lana, non requiritur conſumptio ad acquiſitionẽ, ut conſtat ex illis verbis, SED STATIM EMTORIS FIT, *ſed uti ne eos fructus bonæ fidei emtor reſtituere teneatur domino quandocunq; rem ſuam vindicanti. Quemadmodũ enim ſi uſucapti eſſent, petere eos dominus non poſſet, ita nec ſi fuerint conſumti. Ceterùm ante conſumtionẽ erunt nihilominus bonæ fidei poſſeſſoris, ita tamen, ut, niſi ante evictionem vel conſumti vel uſucapti ſint, domino reſtituantur.* Idemq́; ante Fabrum ſenſit Weſ. in d. §. ſi quis à non domino, n. 11. ubi urget illa textus verba, *percipiendo ſuos facit.* Ego verò addo etiã Gajum, in d. l. in pecudum, qui præterea dicit *ſtatim* PLENO JURE *ſunt bonæ fidei poſſeſſoris*, quod cujuſmodi ſit ex ſupradictis intelligi poteſt plenius. Cùm igitur animadverteret Ant. Fab. nullam ex omnibus illis conciliationibus ſupereſſe, quæ non pateretur ſuam difficultatem, ipſe duas alias cõjecturas in d. c. 17. attulit, à quarũ tamen poſteriori, quę eſt, ut ea quæ de naturalium fructuũ acquiſitione dicta ſunt, de iis duntaxat fructibus intelligere debeamus, quibus conſervandis curã aliquam bonę fidei poſſeſſor impenderit, tametſi vix ulla res ſit, quę ſine cultura aut cura aliqua fructũ ferre poſſit, cùm & naturales ipſi curentur, l. fructus, §. non ſolùm, D. ſol. matr. ipſe recedit, ut in ea diutius immorari operę preciũ non ſit. Prior autem valde eſt arguta & expedita, quæ

uno

Digitized by Google

uno ictu omnem hunc nodum diſſolvit, ſed vereor, ut ſit nimis violenta. Manus enim textui adhibet, ut cùm in omnibus exemplaribus legatur conſtanter, *ſicuti nec cujuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris*, ipſe textũ emendandum & legendum eſſe putet, *ſicuti cujuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris*. At verò aliquoties monui, debere nos ab emendationibus textus, præſertim Florentini, abeſſe quàm longiſſimè, etiam tùm cùm lectio alia & diverſa aliorũ Codicum manuſcriptorũ autoritate confirmari poteſt, multò verò magis tùm cùm omnium Codicum lectio eſt cõſtans atq; eadẽ, & interpretatio afferri poteſt ejuſmodi, per quam juri ſua cõſtare poſſit autoritas; quod hoc loco fieri poſſe ex ſequẽtibus erit manifeſtius. Sanè ſi de bonę fidei poſſeſſore Pomponius ageret, eſſet is locus pro cõfirmanda communi iſta opinione valdè ſingularis, & apprimè notãdus. Jam verò in hoc, quod illi ponunt pro certo, mihi cum illis nõ convenit. Quòd Pomponius diſputet de fructibus, quos maritus ex re ab uxore donata percepit, utrinq; in cõfeſſo eſt: an maritus bona fide fructus iſtos percipiat controverſia eſt, quod illi præſupponunt, ego nego, negat etiam Ant. Fab. d. c. 17. quem idem ſenſiſſe comperi, poſteaquã ex cathedra anno LXXXII. hoc ita docuiſſem. Cur autẽ negem, ratio eſt in promtu, quia donationes inter virũ & uxorem de jure regulariter ſunt prohibitæ, t. t. D. & C. de don. int. vir. & ux. Si ergo donatio

ejuſmodi inter maritum & uxorē interveniſſet, maritus bona fide non poſſideret. Quod enim contra jus fit, id contra bonā fidem fieri neceſſe eſt. Nam ad bonā fidem requiritur juſtus titulus & juſtus error, d.§.ſi quis à non domino, qui error juſtus facti tantùm eſt, nō juris; at juris error eſt, nō facti, ſi maritus rem ab uxore ſibi donatā ſe juſtè poſſidere exiſtimet, qui ipſū à mala fide nō removet, cùm quilibet jura ſcire teneatur. Poſſidet igitur maritus rem ſibi donatam mala fide. Hinc dicunt jura noſtra, quòd illud, quod uxor viro, aut vir uxori donavit, pro poſſeſſore poſſideatur, l.quod vir 16. D.de acq. vel am poſſ.l.nec ullam 13.§.1.D.de hęr.pet.pro poſſeſſore autem prædo poſſidet, l.pro hærede 11.D. eod. hic verò malæ fidei eſt. Hinc etiā Gajus ſcripſit in l.quia quod 6.D.de don.int.vir.& ux.quòd id, quod ex nō conceſſa donatione retinetur, *id aut ſine cauſa aut ex injuſta cauſa* retineri intelligatur, & Paulus in l.per ſervum 57. D.de acq. vel am. poſſ. ſcripſit ex ſentētia Juliani per ſervum donatum à marito, ne ex re quidem ejus cui donatus eſt, acquiri poſſe, & rationem addit hāc, quòd hoc in eorū perſona conceſſum ſit, qui *bona fide* ſerviunt, quod idem affirmavit Julian.in l.ſi uxor 19.D.de don.int.vir. & ux. ibi, *hoc enim bonæ fidei poſſeſſoribus conceſſum eſt*. Quod ſi ita eſt, ut maritus malæ fidei poſſeſſor ſit, ut certiſſimū eſt, malæ fidei autem poſſeſſor fructus quos percipit indiſtinctè ſuos

non

non faciat, ut ſuprà oſtenſũ eſt, ſequitur ut maritus percipiẽdo fructus ex re ſibi ab uxore donata, eos ſuos non faciat indiſtinctè. Argumentum eſt à genere ad ſpeciem. Non obſtat, quod in d.l. fructus, maritus dicitur fructus induſtriales ſuos facere, quod malæ fidei poſſeſſori denegatũ eſſe, ſuprà dictum eſt. Nam non improbabiliter reſpõderi poteſt, id quod dicitur malæ fidei poſſeſſorem nullos fructus ſuos facere, verum eſſe ſummo & ſtricto jure, Pomponium autem ſicut & Ulpian. in l. de fructib. 17. D. de don. int. vir. & uxor. fructus induſtriales marito vel uxori concedere ex benignitate: quæ benignitas etſi aliquo juris textu comprobari nequeat, poteſt tamen deſumi ex l. planè 38. D. de hær. petit. in qua JCtus loquitur de impenſis in rem alienã à malæ fidei poſſeſſore factis; quod de ſe queri debeat, quod ſciens in rem alienam impẽderit, ita in noſtro caſu maritus de ſe queri debet, quòd in rem alienam cõtra jus ſibi ab uxore donatam, curam, induſtriam & operam ſuã impendit, ut aliquos inde fructus, qui ſine facto ipſius naſcituri aliâs nõ erant, perciperet, de ſe queratur, cur hoc fecerit, cùm ſciret aut certè ſcire debuerit, ſe eam in rem alienam, utpote donatione de jure invalida, impẽdere. Sed quemadmodum in caſu d.l. planè benignius, in prædonis quoq; perſona habetur ratio impenſarum, ita hoc etiã caſu benignius fiet, ſi fructus induſtriales marito relinquantur. Cùm enim

utrobiq; eadẽ ſit ratio, cur non idem etiam jus? In prædone ratio impenſarũ habetur, quia petitor nõ debet cum aliena jactura fieri locupletior, l. nam hoc natura 14. D. de cond. ind. idem eſt in malæ fidei poſſeſſore cõtemplatione fructuum induſtrialiũ, qui ex facto ejus nati ſunt. Naturales fructus cur non ſunt malæ fidei poſſeſſoris? Reſpondet Pomponius, quia non ex facto ejus is fructus naſcitur. Ergò à cõtrario ſi ex facto ejus naſcatur, ejus etiam fiet, non jure ſtricto, ſed ex æquitate. Quòd ſi malæ fidei poſſeſſoris curæ, diligentiæ, operæ & culturę ratio non habenda eſſet, ſine dubio afficeretur damno, quoniam interim, dum illa curat & colit, alia ſua negligit; atq; ita ſummo jure jacturã faceret, lucrum autem acciperet dominus fundi: at regula eſt generalis, ſub qua ſpeciem hanc comprehendere poſſumus, quòd ſemper magis faveamus repetitioni, quàm adventitio lucro, l. non debet 41. §. 1. D. de R. J. Atq; hanc æquitatem ita in genere in omni malæ fidei poſſeſſore locum habere poſſe tùm dicebam: ſed poſteaquã in manus meas pervenerunt tres libri poſteriores conjecturarũ Ant. Fabri, quod factũ eſt primùm anno ſuperiori tempore verno, reperi virum longè doctiſſimum & acutiſſimum, ſpecialem quandam in marito & uxore rationẽ aſſignaſſe, cur ex re donata fructus induſtriales perceptos ſuos faciant, non obſtante generali illa juris regula, qua dicitur malæ fidei

poſ-

poſſeſſorem nullos omninò fructus, atq; adeò ne induſtriales quidem ſuos facere, quæ ratio ſi ad æquitatẽ iſtam accommodetur, ut maximè in quovis malæ fidei poſſeſſore locum non habeat, in propoſito tamen caſu mihi videtur eſſe veriſſima, omnemq; illam dubitandi rationem quàm optimè diſſolvere. Cùm enim modò dicta juris regula obſtare videretur, eleganter his verbis Faber hanc rem explicavit: *Verùm*, inquiens, *reſponderi eleganter poteſt, meliorem eſſe mariti, quàm ceterorum malæ fidei poſſeſſorũ, quos prædones dicimus, conditionem, quòd is rem ſibi ab uxore donatã poſſidet, non contra uxoris voluntatem, ſed contra legem, quæ tamen donationem hactenus duntaxat improbat, quatenus ex ea pauperior mulier fiat, l. ſi ſponſus 5. §. cum igitur, l. ſed etſi 25. l. ſed ſi vir, 31. §. quod legaturus, D. de don. int. vir. & ux.* Nimirum duo ſunt, quæ Faber urget rectiſſimè, ut oſtendat aliam eſſe mariti & uxoris conditionem, quàm ceterorum malæ fidei poſſeſſorũ, unum, quòd maritus vel uxor rem donatam poſſideat, cõtra quidem legem, attamen ſecundum voluntatem mariti vel uxoris, cùm ceteri malæ fidei poſſeſſores res poſſideãt & contra legem, & contra domini voluntatem: alterum, quòd maritus vel uxor rem donatam poſſideant contra legẽ, non ſimpliciter, ſed κατά τι, nimirum ſi alteruter ex donatione iſta fiat pauperior, adeò, ut ſi pauperior non fiat, donatio, ſi cetera adſint, non tantùm non ſit contra,

ſed etiam ſecundùm legem; cùm ceteri malę fidei poſſeſſores indiſtinctè contra legem poſſideant, neq; quo caſu ipſorũ poſſeſſio juſtificari queat. Quæ cùm ita ſe habeant, nemini mirum videri debet, ſi ex his diverſitatis rationibus circa fructus induſtriales amplius aliquid tribuatur marito & uxori, quàm ceteris malæ fidei poſſeſſoribus, atq; æquitas illa quam paulò antè accommodavi malę fidei poſſeſſoribus, multò magis accõmodanda ſit marito & uxori. Verumenimverò ut maximè prædii donatio inter maritum & uxorem de jure non ſubſiſtat, videbatur tamen de fructibus ſecus dicendum eſſe per l. ex annuo 15. §. 1. & l. de fructibus 17. D. de don. int. vir. & ux. in quibus dicitur fructus ut uſuras donationem habere licitã; ut quod diximus donatarium malæ fidei poſſeſſorẽ eſſe, id accipiendũ videatur de donatario prædii, non etiã de donatario fructuum. Sed reſpondendũ eſt ex ejuſdem Ulp. li. 32. ad Sabin. eam demum donationem impediri ſolere, quę & donantem pauperiorem, & accipientẽ faciat locupletiorem, d. l. ſi ſponſus, §. conceſſa. Hoc autẽ axioma eſt copulatum, ad cujus veritatem neceſſe eſt utranq; ejus partem veram eſſe, quod explicavit Ulp. in eadem lege, §. cùm igitur. Nunc ſi quæratur de fructibus & uſuris, an earum donatio valeat, nécne, æſtimandum illud eſt ex regula, quã jam modò poſui. At verò fructus & uſuræ, quarum mentionem facit Ulp. in d. §. 1. & in d.

l. de

l. de fructib. ejuſmodi ſunt, ut etiamſi maritus ex illis locupletior factus ſit, uxor tamen propterea nō ſit facta pauperior. *Non enim*, inquit Faber, *tam ex re donata, quam ex opera & induſtria ſua percepiſſe exiſtimādus eſt, cùm fieri poterat, ut etiā non facta donatione eos fructus, eaſq; uſuras mulier parva fortaſſis, aut nullius induſtriæ nunquam percepiſſet*. Et fructus apud Ulpianum intelligendos eſſe induſtriales, ſatis apparet ex eo, quod dicit, *fructus quoq;, ut uſuras licitā habere donationē*. Ut enim comparatio inter fructus & uſuras inſtituta ſubſiſtat, neceſſe eſt intelligamus fructus ejuſmodi, qui uſuris ſint ſimiles. Sunt autē fructus illi, qui donatarii induſtria & opera, non rei ipſius donatæ natura & ſponte provenerunt. Nā ſi de naturalibus fructibus quæratur, ratio, quę rei donationem impedit, eadem in fructibus quoq; locū obtinet, nec magis pauper fit mulier in ea re, quam donat, quàm in fructibus, quos ei vel ignoranti & nihil curanti natura ipſa dediſſet. Sed an idē illud, quod de induſtrialibus fructibus hactenus dictum eſt, dicendum de naturalibus? Non ita, quia diverſitas rationis in his, inducit diverſitatē juris ab illis. Hoc Pomponius in illis verbis, *ſicut nec cujuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris*, conciſis quidem, non tamen admodū obſcuris, ſi vis argumenti ponderetur, proponit. Argumentū à minori hujuſmodi eſt: ſi nō cujuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris ſunt fructus naturales, qui tamē

regulariter omnes ſuos facit, multò minus fructus naturales erũt ejus, qui poſſidet mala fide. Quin enim fortius jus ſit bonæ fidei poſſeſſoris, quàm poſſeſſoris malæ fidei, nemo eſt, qui ambigat. Aſſumit Pomponius: At naturales fructus nõ ſunt cujuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris. Sequitur igitur ut multò minus ſint malę fidei poſſeſſoris. Quod argumentũ non probat tantùm, ſed illuſtrat etiam propoſitionẽ argumenti principalis, quod tale eſt: Malę fidei poſſeſſor naturales fructus ſuos non facit: Talis eſt vir cui uxor donavit: fructus igitur naturales ſuos non facit. Propoſitio eadem locũ habet in fructibus induſtrialibus: ſed cur in propoſito locum non habeat, paulò antè demonſtratũ eſt. Quod autem ad aſſumtionẽ prioris argumenti attinet, quam Pomponius expreſsè poſuit, eam ſic puto explicandã eſſe: Qui ab initio mala fide poſſidet, is in ea cauſa eſt, ut nunquã dici poſſit bonæ fidei poſſeſſor eſſe, niſi fortè poſſeſſionis titulo legitimè mutato: qui autem ab initio bonæ fidei poſſeſſor eſt, ſed poſtea per litis conteſtationem malæ fidei poſſeſſor fit, is nihilominus poteſt nõnunquam dici bonæ fidei poſſeſſor eſſe, ratione nimirũ habita initii poſſeſſionis, & rei ipſius quam poſſidet, non etiam fructuum & uſurarũ. Ex diſtinctione igitur bonæ fidei poſſeſſoris diſtinguitur etiam ratio percipiendorum fructuum, ut qui ab initio fuit atq; adhuc eſt, fructus percipiendo ſuos faciat; qui

ab

Digitized by Google

ab initio fuit, ſed amplius nõ eſt, is fructus percipiat quidem, ſed nõ faciat ſuos, licet reſpectivè & ſit & nominetur adhuc bonæ fidei poſſeſſor. Scio Weſemb. in d. §. ſi quis à non domino, n. 11. diſtinguere inter bonæ fidei poſſeſſorẽ titulum habentem & non habentem: Vitalem item d. c. 19. n. 10. Pacium d. q. 45. inter bonæ fidei poſſeſſorem poſſidentem titulo oneroſo & lucrativo, ut ille fructus ſuos faciat, hic nõ item; ſed ſunt illa profligata in ſuperioribus. Stat igitur etiamnũ immota illa ſententia: Bonæ fidei poſſeſſorẽ omnes fructus, tam naturales, quàm induſtriales, quos percepit & conſumſit, ita facere ſuos, ut repeti nequeant: ſin verò extent, poſſint. Quòd ſi verò bonę fidei poſſeſſor erat, poſtea fiat poſſeſſor malę fidei, tum omnes fructus ab eo tempore quo malę fidei poſſeſſor factus eſt, tam extantes, licet eos ante malã fidem ſupervenientẽ perceperit, quàm eos quos poſtea percepit, aut honeſtè percipere potuit, reſtituere cogitur. Sed quãdo is qui bonæ fidei poſſeſſor eſt, mala fide poſſidere incipiat, ingens eſt inter juris interpretes diſceptatio, quam Eguin. Baro ſine manifeſta calumnia conciliari non poſſe arbitratur. Julianus enim poſt litem demum conteſtatã malam fidem incipere putat, etiamſi ante cõteſtatam illam rem alienam eſſe cognoverit, quam ab initio bona fide accepit, l. quæſitum 91. §. fin. D. de legat. 1. cui conſentire videntur Impp. in d. l. certum. Ulpianus

verò

verò etiam ante litem conteſtatã, protinus atq; quis rem alienam eſſe reſciverit, l. qui bona fide 23. §. tandiu, D. de acq. rer. dom. & Paulus in d. l. bonæ fidei, §. in contrariũ, quibus conſentit African. in l. quæſitum 40. D. eod. Martian. in d. l. qui ſcit, § 1. uſq; ad finem litis extendiſſe videtur, etſi ſcientia rei alienę ſuperveniat. Quòd ſi antè, multò igitur magis poſt litem conteſtatam, & multò magis poſt evictionem; atque id Ulpianus, Paulus Africanus & Martianus non negarunt: non etiam, qui affirmant poſt litem conteſtatã illud fieri, protinus affirmabunt fieri ante illam, tametſi nõ videam hoc ab illis negari. Nec ſi verum eſt poſt litem conteſtatam quem fieri malę fidei poſſeſſorem, conſequens illi eſt, non etiam fieri ante. Eſt enim hoc argumentum à contrario ſenſu, quod nõ procedit, ſi leges ſint in contrarium, ut hoc loco. Sanè ſi poſſeſſor certò reſciverit rem, quam poſſidet, alienam eſſe, eandemq́; nondũ uſuceperit, non video quid obſtet, ut in mala fide illum, quoad omnia, conſtitui dicamus; ſi certò id non reſciverit, non etiam video, quid obſtet, quò minus illum in bona fide, ut erat, ita manere dicamus. Verùm ſi illo caſu lis ipſi moveatur, quis dubitabit, cùm ſemel in mala fide conſtitutus ſit, quòd nunc multò magis dicendũ ſit, ipſum in mala fide conſtitutũ eſſe, cùm ad extrajudicialem illam ſcientiam nunc etiã accedat judicialis? ſin hoc caſu lis moveatur, per litis conteſta-

tionem

tionem malæ fidei poſſeſſor fieri incipit, quoniam de poſſeſſione ſua nũc amplius certus eſſe nõ poteſt, eò quòd lis ipſi mota eſt, & ejus eventus eſt dubius. Atq; hoc eſt quod vulgò dicitur, poſt litem conteſtatam nullam eſſe differentiam inter bonę fidei & malę fidei poſſeſſorem, ſed vulgò non ſatis rectè accipitur. Quòd enim hoc per omnia verum nõ ſit, duobus exemplis demonſtrabo. Finge, homo, de quo lis conteſtata eſt, paulò pòſt moritur, an qui bona fide ante litem conteſtatã poſſidebat, & poſt litem conteſtatã malæ fidei poſſeſſor factus eſt, ejus nomine damnabitur? Minimè. Bonæ fidei enim poſſeſſor, etſi malæ fidei poſſeſſor factus ſit, mortalitatis caſum non præſtat, & tamen is qui inde ab initio, atq; adeò ſemper malæ fidei poſſeſſor fuit, caſum iſtum præſtare debet, l. illud 40. D. de hær. petit. l. utiq; 16. D. de rei vind. Item quod poſt litem conteſtatam bonæ fidei poſſeſſor acquirit ex re ſua per ſervum, qui petitus eſt, id nõ venit in reſtitutionem, quod tamen malę fidei poſſeſſor reſtitueret, l. pręterea 20. D. de rei vind. Quare ſi leges accuratius inter ſe conferamus, oppidò conſtabit, non eſſe ſimpliciter unam eandemq; rationem ejus qui ab initio bonę fidei poſſeſſor fuit, poſteaq; malæ fidei poſſeſſor factus eſt, & ejus qui ab initio malæ fidei poſſeſſor fuit. Hic omnes omninò fructus ſolet cum re ipſa præſtare: ille univerſos etiam poſt litis conteſtationem præſtat, ac-

quirit

quirit autem omnes eòuſq;, quouſq; res evicta fuerit, atq; abs ipſo aufertur, haud ſecus atque antequã malę fidei poſſeſſor fieret, ſed lucratur conſumtos ante litis conteſtationem, nõ lucratur poſt illã conſumtos; atq; hoc habet ex mala fide judicialiter ipſi ſupervenieute, illud ex bona fide, quã inde ab initio habuit. Ita fit, ut qui reſciverit rem alienam eſſe, eo non obſtante jus fructus percipiendi tandiu, quandiu in poſſeſſione rei eſt, retineat: Tandiu autem in poſſeſſione eſt, quandiu fundus evictus non fuerit, id eſt, poſſeſſor ad reſtituendum fundum condemnatus, isq; ab ipſo ablatus non fuerit: atq; adeò quo ad hoc jus fructus percipiendi nõ intelligatur malæ fidei poſſeſſor factus eſſe. Quod autem ad jus fructus perceptos ſuos faciendi ſive conſumendi attinet, non intelligatur malæ fidei poſſeſſor factus eſſe, quouſq; lis cõteſtata fuerit, ab ipſa conteſtata talis factus eſſe exiſtimetur, atq; hoc propter præſtationẽ, vel ut Julianus loquitur, propter repręſentationem fructuum, quos perceptos & percipiendos poſt litem conteſtatam condemnatus reſtituit indiſtinctè, antè perceptos non æquè, ſed ita ut bonæ fidei poſſeſſor; quod idem mihi ſenſiſſe videretur Eguin. Baro in d. §. ſi quis à nõ domino, dum ita ſcribit: *Bonæ fidei poſſeſſor fructus perceptos à quolibet & conſumtos ſuos facit, & ideò domino rem vindicanti fructus ejuſmodi aut eorum æſtimationem reſtituere nõ tenetur*, Nisi post

litem

LITEM CONTESTATAM CONSUMSERIT, niſi paulò antè verba illa ſcripſiſſet, eſſe illa inter ſeſe ita cõtraria, ut ſine manifeſta calumnia conciliari non poſſint. Sed controverſia hæc eo, quo dixi modo, nimirum perceptione, & conſumtione, atq; hac propter præſtationem ſive reſtitutionem, diſtinguẽda & componenda eſſe videtur.

HERMAN. VULTEJUS LECTORI S.

SI à juris noſtri interpretibus & antiquioribus & recentioribus, viris longè præſtantiſſimis, & de Iuriſprudentia noſtra optimè meritis, in hiſce atq; illis, quæ fortaſſe ſequentur juris diſceptationibus, liberius interdũ diſſenſiſſe cuipiã videbor, is ſciat exiſtimaſſe me ſemper, atq; etiamnũ exiſtimare, plus textui juriſvè rationi, quàm autoritati, quantũvis etiã conſultiſſimi viri tribuendũ eſſe. Etſi enim autoritas ipſorum apud me longè ſit maxima, nunquã tamen illa oculos meos ita præſtinguere potuit, ut per eam à jure me abduci paſſus fuerim. Fecerunt idem & alii ante me, ut tantò minus mihi hoc vitio vertendũ ſit. Vt autẽ juris ſtudioſi cogitationes meas qualeſcunq; cum cogitationibus illorũ eruditiſſimis conferre poſſent tantò facilius, locos, in quibus illi rem eandem diſceptarũt, annotavi in capitibus ſingulis nominatim. Quæ in re ſi quid à me peccatũ eſt, ſtudioſorũ juris, qui operam hanc à me efflagitarunt, amore peccatũ eſt. Itaq; & alii mihi condonabunt, ſi quid in perplexis hiſce difficultatibus, à me ſecus, quàm oportuerit, ſcriptũ eſſe invenerint. Vt verò ego aliorũ ab ipſis diſſentiendo honori peperci, ita per me quidem cuiq; à me diſſentire licebit, modò id faciat, ut virum decet ingenuũ & modeſtum, ſincerè & ſine exiſtimationis meæ læſione. Neq; tam ego illis addictus ſum, ut ſi meliora & rectiora monſtrentur, relictis illis hæc nõ ſim protinus ſecuturus, atq; comiter viã monſtrãti gratias acturus. Vale.

Digitized by Google

INDEX CAPITVM DISCEPTATIONVM *juris, quæ hoc libro continentur.*

1. De in jus vocando. Caput I. fol. 4.
2. Citare quid ſit. Cap. II. fol. 25.
3. Explicatur natura actionum præjudicialium ad Iuſtinianum, in §. præjudiciales, Inſt. de act. Cap. III. fol. 29.
4. Examinantur deſcriptiones actionum perſonalium, quarum unam retulit Vipian. in l. actionum 25. D. de obl. & act. alteram Iuſtinianus in §. omnium. Inſt. de actionibus. Cap. IV. fol. 36.
5. Inquiritur de duobus difficilibus locis, qui occurrunt in §. æquè ſi agat quis. Inſt. de act. Cap. V. fol. 40.
6. Ad l. 1. D. de edendo. Cap. VI. fol. 59.
7. De jurejurando notabilia quædam. Cap. VII. fol. 63.
8. Literas neſcire quid ſit, ubi explicatur l. 6. in fin. D. de excuſat. tut. & §. ſimiliter. Inſt. eod. Cap. VIII. fol. 77.
9. De emendatione l. ſi is cum quo 20. D. commun. dividun. Cap. IX. fol. 85.
10. Quantitas quid ſignificet apud ICtos. Cap. X. fol 88.
11. De abſentibus non accuſandis vel condemnandis, & ea occaſione de annotatione. Cap XI. fol. 92.
12. An deportatione libertas amittatur: ubi explicatur l. cognitionum 5. §. conſumitur, D. de extraord. cognit. Cap. XII. fol. 103.
13. Vtile & inutile, civile & incivile quid ſit in jure. Cap. XIII. fol. 117.
14. Ad l. 2. §. mutui datio, D. de reb. cred. ſi cert. pet. Cap. XIV. fol. 119.
15. De dolo, culpa & caſu fortuito in contractibus præſtando, & in ſpecie de culpa leviſſima in contractu locationis-conductionis non præſtanda, & eadē in contractu quaſi negociorum geſtorum præſtanda. Cap. XV. fol. 121.
16. De obligatione minorum ſui juris. Cap XVI. fol. 140.
17. Conciliatur l. ſi Titio 22. D. de pign. cum l. rem alienam 41. D. de pign. act. Cap. XVII. fol. 160.
18. Ad l. 1. § item Iuliano. D. de remiſſ. Cap. XIIX. fol 170.
19. Diſtinguendum eſſe inter res & jura in rebus conſtituta. Cap. XIX. fol. 173
20. De perceptione fructuum, quæ fit à bonæ vel malæ fidei poſſeſſore. Cap. XX. fol. 175.

F I N I S.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google